

**Verfügun^gsma^cht und
Verfügun^gsbeschränkung
der Kapitalanlagegesellschaft
nach § 8 Abs. I und II KAGG**

Hans-Curt von Pannwitz

1961

**Verfügun^gsma^cht und
Verfügun^gsbeschränkung
der Kapitalanlagegesellschaft
nach § 8 Abs. I und II KAGG**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München



vorgelegt von
Hans-Curt von Pannwitz

München 1961

Referent: Professor Dr. H. KRAUSE

Correferent: Professor Dr. E. ULMER

Tag der mündlichen Prüfung: 27. VII. 1961



V O R W O R T

Für die vorliegende Arbeit stellte sich ursprünglich die Aufgabe, die durch § 8 Abs. II des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) vom 16. April 1957 aufgeworfene Problematik der relativen Unwirksamkeit im Falle verbotswidriger Verfügungen zu untersuchen. Dabei erwies es sich dann als erforderlich, zunächst einmal die Verfügungsgewalt der Kapitalanlagegesellschaft (KAG) überhaupt zu prüfen. Zusammenfassend konnte festgestellt werden, dass die in § 8 KAGG enthaltenen Vorschriften eine den Erfordernissen des Kapitalanlagewesens gerecht werdende Grundlage für die Verwaltung der Sondervermögenswerte darstellen. Indessen darf darauf hingewiesen werden, dass sich verschiedentlich Mängel hinsichtlich der mit der Verwaltung durch die KAG korrespondierenden Befugnisse der Depotbank, wie sie in § 11 Abs. VIII KAGG normiert sind, zeigten; es würde sich empfehlen, die Befugnisse der Depotbank einmal gesondert und im Zusammenhang zu untersuchen.

Hinsichtlich der äusseren Form der vorliegenden Arbeit muss darauf hingewiesen werden, dass ein grosser Teil der im Text selbst enthaltenen Literaturbesprechungen an sich als im Kleindruck wiedergegeben vorzustellen ist. Um indessen die Übersichtlichkeit der Arbeit nicht zu gefährden, wurde von einer Verringerung des Zeilenabstandes bei diesen Stellen abgesehen; eine Kenntlichmachung erfolgte nun dadurch, dass die entsprechenden Abschnitte lediglich vom linken Seitenrand etwas weiter abgesetzt wurden.

An dieser Stelle ist es mir ein aufrichtiges Bedürfnis, meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Hermann Krause für seinen mir stets bereitwillig erteilten Rat während des Entstehens dieser Arbeit zu danken.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	
1. Allgemeines: die Sondervermögensverwaltung	1
2. Das Kapitalanlagewesen in anderen Ländern	4
a) Das anglo-amerikanische Vorbild	4
b) Ähnlichkeiten mit dem schweizerischen Kapitalanlage- sparen	6
3. Vergleichsmöglichkeiten mit anderen Instituten unserer Rechtsordnung	7
Erster Abschnitt: Die Verfügungsgewalt der KAG nach § 8 Abs. I KAGG	10
1. Verfügungen	10
2. Die Bedeutung des § 8 Abs. I	11
I. Die Verfügungsmacht der KAG auf der Grundlage einer Ermäch- tigung	12
1. Die Rechtsdelegation an Dritte	12
a) Die Bedeutung des Instituts der Ermächtigung für unsere Rechtsordnung	12
b) Vertretung und Ermächtigung	14
2. Versuch einer Deutung des § 8 Abs. I KAGG auf der Grund- lage der Stellvertretung	16
a) Die stille Stellvertretung	17
b) Die Gegensätzlichkeiten zwischen der Rechtsstellung der KAG und der eines Vertreters	20
3. Die Ermächtigung	23
a) Die dogmatische Rechtfertigung der Ermächtigung	24
aa) Die Trennung von Recht und Rechtsausübung als Grundlage der Ermächtigung	24
ab) Die Überlassung der Rechtsausübung durch Ein- willigung	28
b) Die Rechtsstellung des Ermächtigten	30
ba) Die Ermächtigung als subjektives Recht	31
bb) Die Ermächtigung als relatives Recht	37
II. Der Umfang der Verfügungsbefugnis	42
1. Allgemeines über die Zulässigkeit einer sowohl gesetzlich als auch willkürlich beschränkt erteilten Ermächtigung	43
2. Die beschränkt erteilte Ermächtigung als zweckentsprechende rechtliche Ausgestaltung einer treuhänderischen Vermögens- verwaltung	44

	Seite
3. Die der KAG auferlegten Verfügungsbeschränkungen	47
a) Gesetzliche Bestimmungen über Umfang und Ausübung der Verfügungsmacht	48
aa) Die in § 8 Abs. II und III enthaltenen Verfügungsbeschränkungen	48
ab) Sonstige gesetzliche Vorschriften zur Ausübung der Verfügungsgewalt durch die KAG	50
b) Vertragliche Verfügungsbeschränkungen und die Frage nach dem Umfang der Verfügungsbefugnis im Falle der Treuhandlösung	53
ba) Zur Frage eines dinglichen Rückfalls bei der Treuhandlösung	54
bb) Grundsätzliche Bedenken gegen vertragliche Verfügungsbeschränkungen im Falle der Miteigentumslösung	58
III. Die Ausübung der Verfügungsgewalt durch die KAG	62
1. Die Rechtsübertragung an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen durch die KAG	63
a) Der Abschluss des dinglichen Vertrages	63
b) Die Besitzverhältnisse am Sondervermögen und die Ausübung der Sekundärberechtigungen zum Schutze des Anlagevermögens	64
c) Die Besitzerlangung des Erwerbers gem. § 929 BGB	66
2. Über die Möglichkeit einer neben der gesetzlichen Ermächtigung erteilten Vollmacht	67
3. Zur Frage nach einem der KAG über die Ermächtigung hinaus verliehenem Verwaltungsrecht	70
Zweiter Abschnitt: Das gesetzliche Verfügungsverbot und die relative Unwirksamkeit nach § 8 Abs. II KAGG	75
1. Zum Inhalt des § 8 Abs. II KAGG	75
2. Die Parallelität der Vorschriften des § 8 Abs. II KAGG und des § 135 BGB	76
I. Die relative Wirksamkeitsversagung durch singulären Eingriff des Gesetzgebers	78
1. Das Wesen der Singularität	78
2. Singularität und Relativität	79
3. Die Bestimmung des § 8 Abs. II Satz 2 KAGG als singuläre Wirksamkeitsbeschränkung	82

4. Zur Frage der Zulässigkeit einer regulären, die Vorschrift des § 8 Abs. II KAGG ablösenden vertraglichen Verfügungsbeschränkung	83
II. Die Rechtsfolgen einer gegenüber einer bestimmten Person unwirksamen Verfügung	84
1. Das Problem der geteilten Rechtszuständigkeit	84
a) Die geteilte Rechtszuständigkeit als unmittelbare Folge einer relativ unwirksamen Verfügung bei wörtlicher Auslegung der einschlägigen Vorschriften	84
b) Die Möglichkeit, den Erwerber eines absoluten Rechtes einer bestimmten Person gegenüber ungeschützt zu lassen	85
c) Der Ausschluss der Möglichkeit, den Zugriff und die Stellung des Verbotsbegünstigten aus einem bei der verbotswidrigen Rechtsübertragung zurückbleibenden Teil der Vollrechtsbefugnis zu erklären	86
2. Die Rechtslage an einem Gegenstand, über den trotz einer singulären Wirksamkeitsbeschränkung verfügt worden ist, und das System der Gegenwirkungen	90
a) Die dingliche Rechtsänderung trotz der verbotswidrigen Verfügung	90
b) Das System der Gegenwirkungen	92
ba) Zur Sicherung eines zukünftigen Rechtserwerbes	92
bb) Zur Wiederherstellung eines früheren Zustandes	95
III. Die Anwendung der Lehre von Wirkung und Gegenwirkung verbotswidriger Verfügungen auf die "relative Unwirksamkeit" gem. § 8 Abs. II Satz 2 KAGG	97
1. Die Rechtslage an Gegenständen, über die im Widerspruch zu § 8 Abs. II Satz 1 KAGG verfügt worden ist	97
a) Das Verhältnis von § 8 Abs. II zu § 9 Abs. II KAGG	97
b) Die Vornahme verbotswidriger Verfügungen im einzelnen	98
2. Die Gegenwirkung und deren Geltendmachung durch die Depotbank	100
3. Die Heilungsmöglichkeiten des dem verbotswidrig erlangtem Recht anhaftenden Mangels	103
a) Heilungsmöglichkeiten durch das Verhalten der Depotbank	103
b) Heilungsmöglichkeiten durch die verbotsbetroffene KAG	105
c) Heilung durch guten Glauben des kollidierenden Rechtserwerbers	105
4. Zur Frage des Erwerbs belasteter Wertpapiere	106

VERZEICHNIS DER WICHTIGSTEN ABKÜRZUNGEN

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
ACP	Archiv für die zivilistische Praxis
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebsberater, Jahrgang und Seite
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofes für Zivilsachen, Band und Seite der amtlichen Sammlung
bzw.	beziehungsweise
DepotG	Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren -Depotgesetz-
d. h.	das heisst
dingl.	dinglich
f.	nebst folgender Seite
ff.	fortlaufende
Gruchot	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, zitiert nach Band und Seite
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
HypothekenbankG	Hypothekenbankgesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung, Jahrgang und Seite
Ihering	Iherings Jahrbücher
KAG	Kapitalanlagegesellschaft
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. 4. 57 (Bundesgesetzblatt I Seite 378)

KO	Konkursordnung
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht, zitiert nach Jahrgang und Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahrgang und Seite
obj.	objektiv
Palandt	Kommentar zum BGB, begründet von Palandt
RGZ	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen, zitiert nach Band und Seite der amtlichen Sammlung
subj.	subjektiv
S.	Seite
sog.	sogenannt
u. a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

LITERATURVERZEICHNIS

Monographien und Aufsätze

- Barocka, Egon: Investment-Sparen und Investment-Gesellschaften, Stuttgart 1956
- Boveri, Ursula: Über die rechtliche Natur der Investment-Trusts und die Rechtsstellung des Zertifikatsinhabers, Aarau 1945
- Caemmerer, Ernst von: Kapitalanlage- oder Investmentgesellschaften, in: Juristenzeitung 1958, Seite 41 ff.
- Caspers, Hans-Friedrich: Wertpapierrechtliche Fragen zum Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in: Juristenzeitung 1958, Seite 273 ff.
- Cohn, Ernst: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931
- Consbruch, Johannes: Investmentsparen gesetzlich geschützt, in: Der Betriebsberater 1957, Seite 337 ff.
- David, Heiner: Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand nach englisch-amerikanischem Recht, Aarau 1926
- Dürrhammer, W.: Die Investment-Gesellschaft, in: Der Betrieb 1953, Seite 537 ff.
- Ebner von Eschenbach, Hans-Christoph Freiherr: Die Rechte des Anteilsinhabers nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Erlangen 1959
- Eccius: Zur Frage von der Dinglichkeit der Miete und Pacht, in Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 46, Seite 572 ff.
- Eccius: Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und des Erben, in Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 50, Seite 481 ff.
- Gierke, Julius von: Die deutschen Kapitalanlagegesellschaften, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 121, Seite 126 ff.
- Haeger, Walter: Das Hypothekenbankenrecht mit den Novellen bis 1923, Erlangen 1925

- Heinemann, Gustav: Die Formen der Rechtsausübung, in: Iherings Jahrbücher Band 81, Seite 373 ff.
- Heinemann, Gustav: Die Verwaltungsrechte an fremdem Vermögen. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der subjektiven Privatrechte, in: Gruchot Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 70, Seite 496 ff.
- Heymann, Ernst: Trustee und trustee-company im Deutschen Rechtsverkehr, in: Festschrift für Heinrich Brunner zum 70. Geburtstag, Weimar 1910, Seite 473 ff.
- Hirsch, Hans-Christoph: Die Übertragung der Rechtsausübung - Vervielfältigung der Rechte, I. Teil, Berlin 1910
- Ihering, R. : Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, in: Iherings Jahrbücher, Band 1, Seite 273 ff., Band 2, Seite 67 ff.
- Jacobi, Ernst: Die Wertpapiere, in: Handbuch des gesamten Handelsrechts - Herausgeber Victor Ehrenberg - 4. Band, 1. Abteilung, Seite 125 ff.
- Knoke, Paul: Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot, Sonderabdruck aus der Festschrift für Güterbock, Berlin 1910
- Krückmann, Paul: Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach römischem Recht, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 103, Seite 139 ff.
- Löbl, Rudolf: Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 129 (1928) Seite 257 ff.
- Ludewig, Wilhelm: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922.
- Meyer-Cording, Ulrich: Das Recht der Banküberweisung, Tübingen 1951
- Meyer-Cording, Ulrich: Investment-Gesellschaften, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, Band 115 (1952), Seite 65 ff.
- Neuburger, August: Das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in: Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen 1957, Seite 97 ff.

- Nussbaum, Arthur: Soziologische und rechtsvergleichende Aspekte des "trust", in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 151, Seite 193 ff.
- Oertmann, Paul: Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, in: Iherings Jahrbücher Band 66, Seite 130 ff.
- Raape, Leo: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1908
- Raape, Leo: Zustimmung und Verfügung, in: Archiv für die civilistische Praxis, Band 121 (1923), Seite 257 ff.
- Ramdohr, Hermann: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB - Fortsetzung - in: Gruchot Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Band 44 (1900) hier: § 2, Seite 324 bis 338
- Rhode, Heinz: Juristische Person und Treuhand, Berlin 1932
- Schachian, Herbert: Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, Berlin 1910
- Schless, Robert: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Leipzig 1931
- Schönfeld, Walther: Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 2. Band 1929, Seite 191 ff.
- Schuler: Kapitalanlagegesellschaften, ihre Sondervermögen und Anteilscheine, in: Neue Juristische Wochenschrift 1957, Seite 1049 ff.
- Schultze, Alfred: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jena 1901 - Abdruck aus Iherings Jahrbuch Band 43, Seite 1 ff.
- Siber, Heinrich: Das Verwaltungsrecht an fremden Vermögen im deutschen BGB, in: Iherings Jahrbücher Band 67 (1917), Seite 81 ff.
- Siber, Heinrich: Die Prozessführung des Vermögensverwalters nach dem deutschen BGB, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Adolf Wach zum 16.11.1915, Leipzig 1918

- Siebert, Wolfgang: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933
- Spoerri, Robert: Der Investment-Trust nach schweizerischem Recht, Basel 1955
- Spreckelsen, Hans von: Der Begriff des privatrechtlichen Amtes mit besonderer Berücksichtigung des Testamentsvollstreckers, in: Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Franz Leonhard, Breslau 1927
- Strohal, Emil: Über relative Unwirksamkeit, Wien 1911
- Tormann, Wolfgang: Das neue Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in: Das Wertpapier 1957, Seite 142 ff.
- Tormann, Wolfgang: Investmentsparen, in: Das Wertpapier 1959, Seite 424 ff.
- Vetsch, Jakob: Die Umgehung des Gesetzes- Theorie, Rechtsprechung und Gesetzgebung, Zürich 1917

Lehrbücher, Kommentare und sonstige Quellen

- Baumbach-Duden: Handelsgesetzbuch, 13. Auflage, München-Berlin 1959
- Consbruch-Möller: Gesetz über das Kreditwesen mit verwandten und zugehörigen Vorschriften, München-Berlin 1958, III. Auflage
- Dürre-Full: Erläuterungen zum Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, in: Das Deutsche Bundesrecht - Loseblattsammlung der Gesetze und Verordnungen der Deutschen Bundesrepublik - III H Nr. 28, Seite 13 ff.
- Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 14. Auflage, I. Band, 2. Halbband, Tübingen 1955
- Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 15. Auflage, 1. Halbband, Tübingen 1959, 2. Halbband Tübingen 1960
- Heymann-Kötter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 20. Auflage, Berlin 1950
- Hueck, Alfred: Recht der Wertpapiere, 6. Auflage, Berlin-Frankfurt 1954
- Jacobi, Ernst: Grundriss des Rechts der Wertpapiere im Allgemeinen, 3. Auflage, Leipzig 1928

XIV

- Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung, 6. und 7. Auflage, Berlin 1931, 8. Auflage, 1. Band, Berlin 1958
- Könige, H. : Kommentar zum Gesetz betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, Tübingen, Freiburg, Leipzig 1900
- Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 10. Auflage, Berlin 1957
- Mentzel-Kuhn: Konkursordnung, 6. Auflage, Berlin-Frankfurt 1955
- Palandt: Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 17. Auflage, München-Berlin 1958
- Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 10. Auflage, III. Band, Berlin 1954
11. Auflage, II. Band, Berlin 1957
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 7. Auflage, München-Berlin 1956
- Siara-Tormann: Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. April 1957, Frankfurt 1957
- Soergel-Siebert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Auflage, 1. Band, Stuttgart 1959
- Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage, I. Band: Allgemeiner Teil, Berlin 1957
- Stein-Jonas (Schönke-Pohle): Kommentar zur Zivilprozessordnung, 18. Auflage, 1. Band, Tübingen 1953
- Tuhr, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I, II und III, Leipzig 1915
- Wolff, Martin (Ludwig Raiser): Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957

EINLEITUNG

1. ALLGEMEINES; DIE SONDERVERMÖGENSVERWALTUNG

Das Investmentsparen hat in den letzten Jahren immer stärker an Boden gewonnen. Demgemäss ist über die Bedeutung, den Zweck und die historische Entwicklung des Kapitalanlagewesens sowohl von wirtschaftlicher als auch speziell juristischer Seite so viel publiziert worden, dass sich an dieser Stelle eine allgemeine Wiederholung der dieser Wertpapier-Sparform zufallenden Aufgaben erübrigt 1).

Indessen soll zur Einführung in die vorliegende Arbeit versucht werden, die Problematik, vor die sich der Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des Gesetzes über Kapitalanlage-Gesellschaften (KAGG) gestellt sah, kurz aus einer Perspektive zu beleuchten, welche die Frage der Sondervermögens-Verwaltung besonders deutlich erkennen lässt 2).

Bekanntlich ist es eine Erfahrungstatsache, dass grosse Vermögen, d.h. solche, die sich aus einer Vielzahl unterschiedlicher Wertpapiere zusammensetzen, eher als kleine geeignet sind, Schwankungen des Wertpapiermarktes zugunsten des Vermögensträgers aufzufangen bzw. auszugleichen. Dieselbe Wirkung ist dann zu erwarten, wenn viele kleine Wertpapiersparer ihre Einzeldepots zu einem Sammelvermögen zusammenfassen; Bedingung dafür ist jedoch, dass die Beteiligten ihr spezielles Eigentum aufgeben. Da die Bedeutung des an sich unrechnischen Vermögensbegriffes gerade in der Gleichartigkeit der Beziehungen zwischen Vermögensträger und den einzelnen Vermögensgegenständen zu suchen ist 3), kann die Vorteilhaftigkeit eines aus möglichst vielen verschiedenartigen

- 1) Vgl. hierzu insbesondere die einleitenden Ausführungen des Initiators des Kapital-Anlagegesellschaften-Gesetzes (KAGG), MdB Rechtsanwalt August Neuburger in: Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 16. April 1957 - Kommentar von Dr. Georg Siara und Dr. Wolfgang Tormann, Frankfurt/Main, 1957. - Zur allgemeinen Einführung in das Kapitalanlagewesen und das KAGG vgl. u. a.: A. Neuburger in: Die Aktiengesellschaft - Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen 1957, S. 97 ff.; Johannes Consbruch: Investmentsparen gesetzlich geschützt, in: BB 1957, S. 337 ff.; v. Caemmerer in: JZ 1958, S. 41 ff.; W. Dürhammer in: Der Betrieb, 1953, S. 537 ff.; Schuler in: NJW 1957, S. 1049 ff.; W. Tormann in: Das Wertpapier, 1957, S. 142 ff., 1959, S. 424 ff.
- 2) Dabei soll die historische Entwicklung bewusst ausser acht gelassen werden. Zur Geschichte des Kapitalanlagewesens vgl. neben den unter 1) genannten Schriftstellern insbesondere Egon Barocka: Investment-Sparen und Investment-Gesellschaften, Stuttgart 1956.
- 3) Zum Vermögensbegriff vgl. Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen

Wertpapieren bestehenden Depots zugunsten zahlreicher Rechtsträger nur dann erreicht werden, wenn deren Beziehungen und Beteiligungen am Gesamtvermögen qualitativ homogen sind. Nur bei einer qualitativ gleichstarken Beziehung einer Vielzahl von Vermögenssubjekten zu jedem der einzelnen Gegenstände lässt sich der durch die Wertpapierstreuung erzielte Vorteil auf alle gleichmässig umlegen; insoweit ist das gleiche Ergebnis zu erreichen, als wenn nur ein Vermögensträger einem grossen Vermögen gegenüberstände.

Die qualitativ gleichartige Beteiligung einer Vielzahl einzelner Vermögensträger - nach dem KAGG Anteilsinhaber genannt - an einer Vielzahl von Vermögensgegenständen lässt sich juristisch unschwer durch das Institut des Miteigentums (§ 1008 ff. BGB) herbeiführen. Damit ist bewirkt, dass allen gleichmässig die Wirtschaftlichkeit des gesamten Wertpapiervermögens - nach der Terminologie des KAGG Sondervermögen genannt - zustatten kommt. Schwierigkeiten bereitet allerdings die Frage, in welcher Weise diese Vielzahl von Vermögensträgern ihr gemeinsames Wertpapierdepot verwalten soll. Zwar kennt unsere Rechtsordnung Möglichkeiten, ein Vermögen durch mehrere Beteiligte entweder gemäss Rechtsbeziehungen der einzelnen Vermögensträger untereinander kraft eines (Gesellschafts-)Vertrages oder in der Form der sog. Gesamthand zu verwalten. Diese Rechtsgestaltungen, deren erste durch das KAGG selbstverständlich in keiner Weise ausgeschlossen wird und zur Verwaltung eines Wertpapierdepots nach wie vor zur Verfügung steht, erwiesen sich indessen für das - wenn man so will - "klassische" Kapitalanlagesparen, wie es durch das vorliegende Gesetz geregelt wurde, als ungangbar. Denn bei der Vielzahl der durch das Kapitalanlagesparen anzusprechenden Interessenten, deren gemeinsames Interesse lediglich auf die Nutzniessung des von ihnen angelegten Vermögens gerichtet ist, wäre ein Gesellschaftsvertrag oder eine gesetzlich fixierte gesamthänderische Verwaltung unzweckmässig. Ebenso wenig konnte man es mit den Verwaltungsgrundsätzen einer schlichten Rechtsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB) bewenden lassen. Um die Verwaltung des Sondervermögens ordnungsgemäss und fachmännisch zu sichern, war es vielmehr notwendig, ein besonderes Subjekt in die Beziehungen zwischen den Anteilsinhabern und das Sammelvermögen einzuschieben: die Kapitalanlagegesellschaft 1).

Diese Regelung erweist sich aus den verschiedensten Gründen als zweckentsprechend. Zunächst wird für die Vermögensverwaltung eine fachmännische Insti-

Fortsetzung der Anmerkung 3), Seite 1:

Rechts, Allgemeiner Teil, 1. Halbband der 15. Aufl., Tübingen 1959, S. 840 ff.; v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, Teil I, Leipzig 1910, S. 330 ff.

- 1) Nach einem aus dem Ausland übernommenen Terminus, im Wirtschaftsleben auch "Investment-Gesellschaft" genannt. Dieser Begriff ist in § 23 KAGG gleichfalls geschützt. Vgl. dazu Schuler, a. a. O., S. 1050.

tution gewonnen, die, in der Regel eng mit einer Bank verbunden, ihrerseits einen besonderen Anreiz in der Ausübung des Aktienstimmrechts findet. Die Beziehungen der einzelnen Anteilsinhaber zur KAG und zu der Bank, bei der ihr Sammelvermögen deponiert ist - nach dem KAGG Depotbank genannt -, setzen keine gesellschaftsähnlichen untereinander voraus 1). Schliesslich eröffnet sich durch die Schaffung einer KAG die Möglichkeit, dieser überhaupt das Eigentum an dem Sondervermögen treuhänderisch zu übertragen, ohne dass hierdurch die wirtschaftlichen Interessen der Anteilinhaber, die lediglich auf die Nutzniessung der Wertpapiererträge gerichtet sind, Schaden nehmen. Diese Möglichkeit, die nunmehr nach dem KAGG ebenfalls offen steht, war vor dem Erlass dieses Gesetzes wegen der insbesondere mit der dinglichen Surrogation der treuhänderisch übereigneten Werte verbundenen Schwierigkeiten ausgeschlossen 2). Obgleich unser Gesetz diese Gefahrenherde durch die grosszügige Regelung des § 6 Abs. II beseitigt hat, wurde - wohl aus optischen Gründen - in der Praxis der Weg einer treuhänderischen Eigentumsübertragung des Sondervermögens auf die KAG bisher noch nicht beschritten 3).

In dieser Arbeit ist nunmehr zu prüfen, mit welcher Rechtsmacht die KAG ausgerüstet werden musste und ausgerüstet worden ist, um die im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit anfallenden Vermögensverschiebungen an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen vornehmen zu können. Die rechtliche Grundlage dafür findet sich in § 8 KAGG 4). Nachdem in Abs. I dieses Paragraphen der KAG

- 1) Die Vielzahl der untereinander in keiner Beziehung stehenden Anteilinhaber bildet rechtlich lediglich eine Zufallsgemeinschaft gem. § 741 BGB. Vgl. hierzu v. Ebner-Eschenbach: Die Rechte des Anteilinhabers nach dem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, Erlangen 1959, S. 152 ff.; Meyer-Cording in: Zeitschrift f. d. ges. Handels- und Konkursrecht 115 (1952), S. 76 ff., 79. Die übrigen Vorschriften über die Gemeinschaft finden hier jedoch kraft besonderer Regelungen nur in beschränktem Umfange Anwendung. Vgl. Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 53 Anm. 2, S. 148 ff.; Neuburger in: Ztsch. f. d. ges. Aktienwesen, S. 98. - Zur Zufallsgemeinschaft der Anteilinhaber nach Schweizer Recht vgl. R. Spoerri: Der Investment Trust nach schweizerischem Recht, Basel 1958, S. 157 ff., insbes. S. 167. Die diesbezüglichen Ausführungen gelten auch für unseren Rechtskreis.
- 2) Vgl. dazu Siara-Tormann im angeführten Kommentar, Anm. I zu § 6. - § 6 Abs. I KAGG gestattet heute beide Wege. - Zum Eigentumsbegriff des KAGG vgl. Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 50 f.
- 3) Vgl. Conbruch, a. a. O., S. 338; Meyer-Cording, a. a. O., S. 73.
- 4) § 8 Abs. I:

Die Kapitalanlagegesellschaft ist berechtigt, im eigenen Namen über die zu einem Sondervermögen gehörenden Gegenstände nach Massgabe dieses Gesetzes und der Vertragsbedingungen zu verfügen und alle Rechte aus ihnen auszuüben.

zunächst positiv die Verfügungsgewalt übergeben wird, enthalten die folgenden beiden Absätze konkrete Einschränkungen, welche die Fülle der Macht zweckentsprechend zum Schutze der Anteilinhaber begrenzen.

Demgemäss hat der 1. Abschnitt der vorliegenden Arbeit die Übertragung der Verfügungsmacht auf die KAG zum Inhalt, während der zweite den Problemen der in Abs. II des § 8 KAGG verordneten relativen Unwirksamkeit gewidmet ist; hinsichtlich des in Abs. III enthaltenen Aufrechnungsverbotens bestand keine Notwendigkeit einer gesonderten Behandlung.

In der Praxis dürften sich bei der Anwendung der vorliegenden Gesetzesstelle keine besonderen Schwierigkeiten ergeben; das gilt insbesondere für die nach Abs. I erteilte Verfügungsmacht. Infolgedessen liegt der Schwerpunkt der im 1. Abschnitt angestellten Untersuchungen in der theoretischen Erkenntnis der hier ausgesprochenen Ermächtigung. Auch das im 2. Abschnitt behandelte Verfügungsverbot dürfte in der Praxis kaum Bedeutung gewinnen. Indessen sind die bei einem Verstoss sich ergebenden Konsequenzen einer relativen Unwirksamkeit juristisch besonders interessant.

Bevor die eigentliche Aufgabe in Angriff genommen werden kann, empfiehlt es sich, zunächst einen kurzen Blick auf ähnliche Rechtsgestaltungen in anderen und im deutschen Rechtssystem zu werfen.

2. DAS KAPITALANLAGEWESEN IN ANDEREN LÄNDERN

a) Das anglo-amerikanische Vorbild

Das im Investmentwesen auftauchende Hauptproblem ist die Frage nach der Funktionsteilung hinsichtlich der zum Sondervermögen gehörenden Werte zwischen den Anteilhabern und der Anlagegesellschaft. Während den Anteilhabern der Substanzwert und die Erträge der Vermögensgegenstände zufallen sollen, liegt die Vermögensverwaltung in den Händen der KAG. Aus dieser Aufspaltung ergibt sich die sachenrechtliche Problematik einer Teilung der Herrschafts-

Fortsetzung der Anmerkung 4), Seite 3:

Zur Ausübung des Stimmrechts aus den zu einem Sondervermögen gehörenden Aktien bedarf die Kapitalanlagegesellschaft keiner schriftlichen Ermächtigung der Anteilinhaber nach § 114 des Aktiengesetzes.

Abs. II:

Gegenstände, die zu einem Sondervermögen gehören, dürfen nicht verpfändet oder sonst belastet, zur Sicherung übereignet oder zur Sicherung abgetreten werden; eine unter Verstoß gegen diese Vorschrift vorgenommene Verfügung ist gegenüber den Anteilhabern unwirksam.

Abs. III

Abs. IV

berechtigung an ein und demselben Gegenstand.

Dieses Problem ist im anglo-amerikanischen Rechtssystem mit seinem sehr biegsamen Sachenrecht leicht und vorbildlich zu lösen. Im deutschen Rechtskreis hingegen tauchen auf Grund des starren, dem römischen Recht nachgebildeten Sachenrechts mannigfaltige Schwierigkeiten auf. Es ist deshalb verständlich, dass für unser Kapitalanlagewesen stets die amerikanische Lösung als vorbildlich und beispielhaft angesehen werden wird. Für unseren Gesetzgeber kam es also vor allem darauf an, dieses Vorbild mit den in unserer Rechtsordnung zur Verfügung stehenden Mitteln möglichst weitgehend zu kopieren.

Zur allgemeinen Einführung und zur Unterschiedlichkeit des anglo-amerikanischen von den kontinentalen Rechtssystemen dürfen im folgenden kurz die Ausführungen von Arthur Nussbaum in seinem Aufsatz: Soziologische und rechtsvergleichende Aspekte des "trust", wiedergegeben werden 1).

Trust bedeutet Teilung von Eigentum zwischen Vorteil und Verantwortung 2). Das Eigentum wird also qualitativ in der Weise geteilt, dass dem einen Teil die Verwaltung, dem anderen die Begünstigtenfunktion zufällt. Eine derartige Eigentumsteilung ist nach dem dortigen System möglich. In der anglo-amerikanischen Rechtsordnung können zwei voneinander getrennte Vollberechtigungen nach zwei unterschiedlichen Rechtssystemen miteinander konkurrieren: das dingliche Recht nach common law und das nach equitable right.

Angewandt auf das Kapitalanlagewesen, bedeutet das, dass der Begünstigte - der Anteilinhaber - nicht nur ein obligatorisches, sondern ein dingliches Billigkeitsrecht an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen haben kann, obgleich diese im Eigentum der Anlagegesellschaft nach common law stehen. Beide in solcher Weise dinglich Beteiligte sind wirkliche Eigentümer. Der Treuhänder ist in der Regel Eigentümer gegenüber Dritten. Aber auch der Begünstigte kann sein Recht direkt gegen Dritte geltend machen. Diese dingliche Rechtsstellung des Begünstigten tritt besonders dann hervor, wenn der trustee seine mannigfaltigen und vom Staate ziemlich genau kontrollierten Pflichten verletzt.

Die Bedeutung der Treuhand im anglo-amerikanischen Recht wird noch dadurch verstärkt, dass es die sog. konstruktive Treuhand gibt: Treuhänder eines anderen kann auch derjenige sein, der an sich in keinen Rechtsbeziehungen

1) Abgedruckt in ACP 151, S. 193 ff. - Zur selben Frage vgl. auch Ernst Heymann: Trustee und trustee-company im deutschen Rechtsverkehr, in: Festschrift zum 70. Geburtstag für Heinrich Brunner, Weimar 1910, S. 473 ff.; David: Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand nach englisch-amerikanischem Recht, Aarau 1926; Wolfgang Siebert: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933, S. 52 ff.

2) Nussbaum, a. a. O., S. 194.

zum Begünstigten steht. Selbst bei völliger Unkenntnis ist im Falle eines unentgeltlichen Erwerbes das Entstehen eines dinglichen Billigkeitsrechtes zugunsten eines anderen möglich. Der Erwerbende ist dann ohne sein Wissen dessen Treuhänder.

Regelmässig ist allerdings positive Kenntnis eines equitable right notwendig; das Eigentum nach common law ist insoweit stärker als das nach equitable right, zu seinen Gunsten besteht ein weitgehender Gutgläubenschutz.

Nussbaum weist in seinem Artikel in allgemeiner Form auf die Unterschiedlichkeit des anglo-amerikanischen trust-Rechts und den hiesigen Entwicklungsmöglichkeiten für die Treuhand hin. Nach seiner Ansicht kommt unser Testamentsvollstrecker dem anglo-amerikanischen trustee am nächsten. Übrigens kommt Nussbaum zu dem Ergebnis, dass unser strenges Sachenrecht gegenüber dem amerikanischen durchaus mannigfaltige Vorteile aufzuweisen hat; indessen ändert sich dadurch nichts an den Schwierigkeiten, die unsere Rechtsordnung wegen des Fehlens einer relativen Eigentums- teilung der Ausgestaltung von Treuhandverhältnissen generell und der des Kapitalanlagewesens speziell in den Weg legt.

b) Ähnlichkeiten mit dem schweizerischen Kapitalanlagesparsen

Bei der Behandlung und Ausgestaltung des Kapitalanlagewesens steht das dem unseren weitgehend verwandte schweizerische Recht vor gleichen Schwierigkeiten 1). Immerhin ist interessant, dass in der Schweiz bis zur Stunde noch kein dem unseren ähnliches KAGG besteht und auch das Verlangen danach nicht gross zu sein scheint. Man steht dort offensichtlich auf dem Standpunkt, dass mit den hergebrachten Mitteln auszukommen ist. Allerdings bestanden auch bei uns vor Erlass des Gesetzes Kapitalanlagegesellschaften 2); indessen ist nicht zu verkennen, dass mit dem Inkrafttreten des KAGG am 16.4.1957 eine wesentliche

-
- 1) Gerade in der Schweiz haben sich auffallend viele Autoren mit dem Kapitalanlagewesen auseinandergesetzt. Neben den bereits erwähnten Spoerri und David sei hier noch auf Ursula Boveri: Über die rechtliche Natur der Investment-Trusts und die Rechtsstellung des Zertifikatsinhabers, Aarau 1945, sowie auf Rudolf Bruppacher: Investment-Trusts, Zürich 1930, hingewiesen.
 - 2) Als erste Gesellschaft dieser Branche wurde die "Allgemeine Deutsche Investment-Gesellschaft mbH", München, gegründet. Vgl. dazu Caspers in: JZ 58, S. 273 f. - Diese Gesellschaft hatte übrigens in ihren Vertragsbedingungen die Vermögensverwaltung auf der Grundlage einer Vertretung geregelt. Vgl. dazu den genannten Aufsatz von Meyer-Cording, insbes. S. 84.
Über Vorläufer (1923/1930): Seischab, Investment Trusts, Diss. Handelshochschule Berlin 1931, S. 216 f.

Lücke geschlossen wurde. Neben den steuerlichen Anreizen, die sicherlich ein wichtiges Anliegen des Gesetzgebers ausmachten, verdanken wir diesem Gesetz manche Klarstellung und Erleichterung, insbesondere hinsichtlich der dinglichen Surrogation der im Sondervermögen befindlichen Werte.

Im einzelnen ist für die nachfolgenden Erörterungen hervorhebenswert, dass in der Schweiz die Verwaltung des Sondervermögens nur auf der Basis der Vertretung möglich ist. Das schweizerische Obligationenrecht kennt den Unterschied zwischen Ermächtigung und Vertretung nicht, Ermächtigung ist hier gleich Bevollmächtigung (vgl. Art. 32 ff. Schw. Oblig. Recht). Diese "Ermächtigung" ist als Gesamtermächtigung möglich, sie gibt dem Berufenen kein dingliches Recht 1).

Damit hängt wohl auch zusammen, dass in der Schweiz die KAG als "Beauftragter", die Depotbank dagegen als "Treuhänder" erscheint 2).

3. VERGLEICHSMÖGLICHKEITEN MIT ANDEREN INSTITUTEN UNSERER RECHTSORDNUNG

Eine Umschau in unserem Rechtskreis führt zu dem Ergebnis, dass die Stellung und Ausgestaltung der KAG im wesentlichen eine einzigartige ist, so dass sich grundsätzlich nur wenige Parallelen zu anderen Einrichtungen aufzeigen lassen.

So sind der Aufgabenbereich und die Funktion des Vertreters nach dem "Gesetz betreffend der gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen" andere. Während es sich dort um die Wahrnehmung fremder Interessen ohne unmittelbare Herrschafts- und Verwaltungstätigkeit an den Wertpapieren selbst handelt, geht es bei der Regelung der Befugnisse einer KAG um die unmittelbare Herrschaftsausübung an den Wertgegenständen. Mithin zeigt sich dort auch kein Problem einer dinglich-herrschaftlichen Teilung. Obgleich expressis verbis in § 14 Abs. III des genannten Gesetzes von einer Ermächtigung die Rede ist, muss nach der gesamten Stellung eine Vertretung zur Wahrnehmung fremden Interesses angenommen werden 3).

Beim sogenannten "Treuhänder" nach dem Hypothekendarlehenbankgesetz handelt es sich in Wahrheit mehr um ein Organ der Aufsichtsbehörde denn um einen Treuhänder im Rechtssinne 4). Man wird die Stellung dieses Organs am besten als

1) Spoerri, a. a. O., S. 35 ff.

2) Vgl. dazu den Abdruck des Vertrages der USSEC bei Spoerri, S. 207, insbes. S. 213.

3) Eine Vertretung nahmen an: Cohn in: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931, S. 237 ff.; Könige in seinem Kommentar zu dem genannten Gesetz, Tübingen 1900; Siebert, a. a. O., S. 367.

4) Eine Treuhänderschaft nimmt an: Alfred Schultze in: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, Jena 1901, S. 96 ff., insbes. S. 102. Enneccerus-Nipperdey

"Zweckperson sui generis" 1) charakterisieren können. Jedenfalls ist ihm keine eigene Rechtszuständigkeit an Vermögensgegenständen eingeräumt.

Die Anwendung der Vorschriften des Depotgesetzes für das Rechtsverhältnis zwischen den Anteilhabern und der KAG ist in § 8 Abs. IV KAGG ausdrücklich ausgeschlossen. Beide Gesetze gehen von verschiedenen Voraussetzungen aus. Im Falle des Depotgesetzes soll der Bankkunde grundsätzlich die Verwaltung der der Bank in Verwahrung gegebenen Wertpapiere selbst leiten. Die Bank empfängt unmittelbar von ihm ihre Aufträge. Nur im Einzelfall, insbesondere bei der sog. Giro-Sammelverwahrung, ist eine Ermächtigung der Bank zum Auftreten gegenüber Dritten vorgesehen. Hierzu ist aber eine ausdrückliche, für den Einzelfall gedachte Erteilung der Verfügungsbefugnis erforderlich. Insoweit können sich allerdings Parallelen zwischen dem Auftreten der KAG und der nach dem Depotgesetz ermächtigten Bank ergeben; so entspricht z. B. das Bruchteilseigentum am Sammelbestand gem. § 6 DepotG den Eigentumsverhältnissen am Sondervermögen im Falle der Miteigentumslösung nach dem KAGG; die Auslieferungsansprüche nach § 7 DepotG etwa dem Auszahlungsrecht nach § 10 Abs. II KAGG; die Ermächtigung gem. § 13 DepotG etwa der aus § 8 Abs. I KAGG; die in § 12 DepotG vorgesehene Ermächtigung zur Verpfändung ist allerdings durch § 8 Abs. II KAGG ausgeschlossen.

Bei den in unseren Gesetzen vorgesehen typischen Vermögensverwaltungen wird dem Berufenen die Befugnis gleichsam in einem verschnürten, rechtlich nur schwer definierbaren Paket überreicht, dessen Auflösung und Deutung im Falle des Konkurs-, des Nachlassverwalters und des Testamentsvollstreckers zu den bekannten Schwierigkeiten und Auseinandersetzungen geführt hat 2). Demgegenüber tat der Gesetzgeber des KAGG gut daran, dass er die einzelnen, im Rahmen einer Vermögensverwaltung anfallenden Geschäfte von vornherein gesondert behandelte und rechtlich, ihrem jeweiligen wirtschaftlichen Zweck entsprechend, verschieden

Fortsetzung der Anmerkung 4), Seite 7:

spricht im oben genannten Werk, Allgemeiner Teil, 2. Halbband (1960), S. 926, von einer "offenen Treuhänderschaft". In Übereinstimmung damit auch Lehmann: Allgem. Teil des BGB, 10. Aufl., Berlin 1957, S. 235; v. Tuhr, III. Teil, spricht, a. a. O., S. 186, Anm. 3 von einem Treuhänder ohne Verfügungsmacht. Von einer Vertretung der Pfandbriefgläubiger sprechen Wolff-Raiser § 157a III 3. Eine Übersicht über die verschiedenen Auffassungen gibt Feisenberger bei Stenglein Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen, 5. Aufl. Bd. II S. 121 (Anm. zu § 29 Hyp'bank Gesetz).

1) Vgl. Walter Haeger: Das Hypothekenbankrecht mit den Novellen bis 1923, Erlangen 1925, S. 64 bis 67.

2) Vgl. dazu näher unten S. 70 ff.

ausgestaltete. So gibt es in unserem Gesetz gesonderte Vorschriften für die Verpflichtungsgeschäfte (§ 9 Abs. II), eine Regelung für die von der KAG vorgenommenen Erwerbungen (§ 6 Abs. II) und schliesslich eine Bestimmung hinsichtlich der Verfügungsgewalt an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen. Nachdem besonders in dem hier interessierenden letztgenannten Funktionsbereich eine genaue Anordnung getroffen wurde, wonach die KAG die ihr übertragene Verfügungsmacht im eigenen Namen ausübt, finden sich keine Anhaltspunkte für eine Auseinandersetzung zwischen Vertreter- und Amtstheorie.

Schliesslich sei noch die Verkaufskommission genannt 1). Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine Augenblickssituation, die sich im Rahmen der §§ 383 ff. HGB abwickelt, nicht aber um eine auf die Dauer gerichtete ständige Herrschaftsteilung, die demgemäss eine grundsätzlichere Regelung erheischt.

1) Vgl. die einschlägigen Kommentare zu den Kommissionsgeschäften.

ERSTER ABSCHNITT

Die Verfügungsgewalt der KAG nach § 8 Abs. I KAGG

Gegenstand dieses Abschnittes ist die Befugnis der KAG zur Verfügung über die zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände, wie sie vom Gesetzgeber in § 8 Abs. I normiert wurde. Danach ist die KAG berechtigt, im eigenen Namen nach Massgabe des Gesetzes und der Vertragsbedingungen zu verfügen und alle Rechte aus den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen auszuüben. Durch diese Vorschrift wird also nur ein Bereich der bei der allgemeinen Vermögensverwaltung erforderlich werdenden Rechtshandlungen geregelt: die Vornahme von Verfügungen.

1. VERFÜGUNGEN

Unter "Verfügung" versteht man eine Rechtshandlung, die darauf gerichtet ist, ein subjektives Recht an einem Vermögensgegenstand mit unmittelbarer Wirkung aufzuheben, zu ändern, zu übertragen oder zu belasten 1). Danach ist zunächst erforderlich, dass ein Recht überhaupt schon besteht; nur derjenige, dessen Gewalt dieses Recht unterworfen ist, sei es nun der Berechtigte selbst oder ein zur Ausübung Befugter, kann diese Rechtshandlung vornehmen, nicht dagegen derjenige, dem sie zustatten kommt. Bei einer Veräusserung verfügt mithin nur der Übertragende, nicht dagegen der Erwerber. Umgekehrt setzt eine Verfügung nicht voraus, dass überhaupt ein Begünstigter oder ein Kontrahent vorhanden ist. Auch einseitige Rechtsakte, wie die Dereliktion, können Verfügungen sein.

Der Kreis der Gegenstände, an denen Verfügungen vorgenommen werden können, ist nicht auf räumlich wahrnehmbare Sachen beschränkt. Es macht keinen Unterschied, ob das subjektive Recht, das von einer Verfügung betroffen wird, ein absolutes oder nur ein relatives ist. Wesentlich ist lediglich, dass durch die Verfügung in ein schon bestehendes Recht unmittelbar eingegriffen wird. Mithin kann auch über Forderungen verfügt werden, indem sie abgetreten oder eingezogen (Konsumtion der Forderung) werden oder indem mit ihnen aufgerechnet wird 2).

In § 8 Abs. I KAGG ist die Verfügungsbefugnis der KAG bezüglich aller zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände 3) ausgesprochen. Darunter fallen zu-

-
- 1) Vgl. Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Berlin 1957, I. Band, Abm. 1 zu § 185; Enneccerus-Nipperdey, a. a. Q., 2. Halbband, S. 882.
- 2) So Siebert, a. a. O., S. 248 f.; Ludewig in: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922, S. 83 ff.; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 1438. A. A. offenbar v. Tuhr, a. a. O., III. Band, S. 214 ff. Nach ihm soll z. B. eine Fremdverfügung über Forderungen nur als Vollmacht möglich sein. Dagegen mit Recht Ludewig, S. 83.
- 3) Unter "Gegenstand" hat man jedes geldwerte Gut zu verstehen. Vgl. Staudinger, a. a. O., Vorbem. 2 ff. vor § 90.

nächst alle zum Sonderdepot gehörenden Wertpapiere, die rechtlich als Sachen im Sinne des BGB behandelt werden 1). Weiterhin fallen hierunter Forderungen aller Art einschliesslich der anfallenden Ersatzforderungen (vgl. § 6 Abs. II) sowie Guthaben, die rechtlich nichts anderes als Forderungen gegen ein Kreditinstitut darstellen.

An der Abfassung unserer Gesetzesstelle ist bemerkenswert, dass der Gesetzgeber sich nicht damit begnügt, eine allgemeine Befugnis zur Vermögensverfügung auszusprechen, sondern sich die Mühe nimmt, alle zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände in ihrer Mehrzahl anzusprechen. Dieser Umstand weist darauf hin, dass zwar eine generelle Verfügungsbefugnis erteilt wird, diese sich aber rechtlich als Summe vieler Einzelgewalten an jedem zu spezifizierenden Gegenstand darstellt 2).

2. DIE BEDEUTUNG DES § 8 Abs. I

Mit Recht hebt Tormann in seinem Kommentar zum KAGG hervor, dass die materielle Bedeutung des § 8 Abs. I KAGG nur bei der Miteigentümlösung zu suchen ist 3). Bei der Treuhandlösung 4), in der die KAG als treuhänderischer Eigentümer des Sondervermögens fungiert, ergibt sich ihre Verfügungsgewalt ohne weiteres schon aus § 903 BGB. Dabei macht es keinen Unterschied, ob man hier von "Eigentum" im Gegensatz zu "Treuhandeigentum" spricht; beides ist institutionell Volleigentum im Sinne des BGB 5). Mithin hat der § 8 Abs. I KAGG für Kapitalanlageverhältnisse auf der letztgenannten Basis zunächst nur deklaratorische Bedeutung. Unberücksichtigt soll hierbei vorerst bleiben, in welcher Weise sich die Abgrenzung der Verfügungsgewalt "nach Massgabe dieses Gesetzes und der Vertragsbedingungen" auch für den Fall der Treuhandlösung materiell als Verfügungsbeschränkung auswirkt 6). Diese Frage wird später eingehend behandelt. Jedoch kann

1) Vgl. u. a. Staudinger am soeben genannten Ort; Ernst Jacobi im Handbuch des gesamt. Handelsrechts (Herausgeber Victor Ehrenberg), IV. Band, 1. Abt., S. 341 ff.

2) Vgl. unten S. 29 f.

3) Vgl. Siara-Tormann, a. a. O., zu § 8 Anm. I

4) Wir folgen in dieser Arbeit der Begriffsverwendung von Siara-Tormann. Danach wird unter "Miteigentümlösung" diejenige Gestaltungsform verstanden, bei der die Anteilinhaber Miteigentümer der Vermögenswerte bleiben, während bei der "Treuhandlösung" das Volleigentum der KAG zusteht. Anders Ebner-Eschenbach im genannten Werk, vgl. z. B. S. 18.

5) Vgl. u. a. Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl., Berlin/München 1957, vor § 929, Anm. 7, vor § 903, Anm. 5, zu § 930, Anm. 4.

6) Vgl. dazu unten S. 47 ff. - Im übrigen wird im folgenden I. Abschnitt der Arbeit, wenn nicht anders hervorgehoben, gemäss der Bedeutung des § 8 Abs. I KAGG nur die Miteigentümlösung behandelt.

hier schon vorausgeschickt werden, dass diesem Passus nur eine abgeschwächte Bedeutung zukommt. Eine unmittelbare Beschränkung der Verfügungsbefugnis folgt aus den anderen konkret gehaltenen Vorschriften, auf die hier lediglich verwiesen wird. Für vertragliche Einschränkungen dagegen ist kein Raum.

Anders verhält es sich im Falle der Miteigentumslösung. Hier sind die Anteilinhaber Eigentümer des Sondervermögens geblieben; ihnen steht mithin auch die Fülle der aus dem Eigentum gem. § 903 BGB fliessenden Befugnisse zu. Wie kann nun die an sich rechtsfremde KAG als Dritte an dieser Herrschaft beteiligt werden? Der Gesetzgeber hat diese Frage materiell durch § 8 Abs. I KAGG auf der Basis einer Ermächtigung gelöst.

I. DIE VERFÜGUNGSMACHT DER KAG AUF DER GRUNDLAGE EINER ERMÄCHTIGUNG

1. DIE RECHTSDELEGATION AN DRITTE

a) Die Bedeutung des Instituts der Ermächtigung für unsere Rechtsordnung

Um die Bedeutung des Instituts "Ermächtigung" in unserer Rechtsordnung richtig würdigen zu können, wird man zunächst davon auszugehen haben, dass unser Zivilrecht ein selbständiges dingliches Recht "Verfügungsbefugnis" nicht kennt. Die Befugnis zur Verfügung über einen bestimmten Vermögensgegenstand fließt vielmehr allein aus dem zugrunde liegenden Recht selbst, sei es nun Eigentum, ein beschränktes dingliches Recht oder ein Recht an einer Forderung; ein derartiges unmittelbares Recht an einem Gegenstand schließt für den Berechtigten in der Regel die Verfügungsgewalt mit ein.

Ohne hier schon näher auf das Verhältnis zwischen dieser Verfügungsmacht und dem zugrunde liegenden Recht eingehen zu wollen, steht doch fest, dass sich unsere Rechtsordnung ihrer Natur nach dagegen sträuben muss, die mit einem Sachenrecht, insbesondere mit dem Eigentum, offensichtlich so eng verbundene Verfügungsbefugnis zu verselbständigen und einem rechtsfremden Dritten zu überlassen. Denn wenn man diese Möglichkeit bejaht, dann wird ohne Zweifel das Ausschliesslichkeitsprinzip unseres nach römisch-rechtlichem Vorbild geformten Sachenrechtes an einer wesentlichen Stelle jedenfalls im Ergebnis beeinträchtigt. Dann wird es möglich, dass ein an sich rechtsfremder Dritter, ohne dass ihm ein dingliches Recht an dem Gegenstand selbst zusteht, Verfügungen mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Berechtigten quasi-herrschaftlich treffen kann. Die Überlassung der Verfügungsmacht an einen Dritten wird also immer etwas Aussergewöhnliches, unserem Rechtssystem Fremdes bleiben.

Andererseits besteht ein unverkennbar dringendes wirtschaftliches und da-

mit rechtliches Bedürfnis, oft gerade im Interesse des Vollrechtsinhabers selbst einem aussenstehenden Dritten die Verfügungsgewalt zu überlassen.

Vor diese Frage sah sich auch der Gesetzgeber des KAGG gestellt: Wie kann, im Falle der Miteigentumslösung, die Verfügungsgewalt vom Vollrecht abgespalten und der KAG zur Bewältigung ihrer Verwaltungsaufgaben überlassen werden?

Das Problem stellte sich hier gleichermaßen sowohl bei den zum Sondervermögen gehörenden Wertpapieren als auch hinsichtlich der zugehörigen Forderungen.

Dass Wertpapiere nach sachenrechtlichen Grundsätzen zu behandeln sind, ist seit langem geklärt; es darf hier auf die einschlägige Literatur verwiesen werden 1).

Ebenso verhält es sich aber auch mit bereits bestehenden relativen Rechten; wie bereits erörtert wurde, kann über sie verfügt, sie können abgetreten, aufgerechnet etc. werden. Auch bei Forderungen ist es schlechterdings schwer vorstellbar, dass über den Anspruch ein Dritter z.B. einziehungsberechtigt sein soll. Mithin besteht gleichfalls an Forderungen eine quasi-sachenrechtliche Herrschaftsgewalt. Dazu kommt, dass auch Forderungen nach sachenrechtlichen Grundsätzen belastet werden, z.B. durch Verpfändung, durch die Bestellung eines Niessbrauches. Daher ist die Meinung richtig, dass Forderungen dem Typenzwang des 3. Buches BGB unterliegen, sofern sie erst einmal zur Entstehung gekommen sind 2).

Dagegen ist allerdings die weitergehende Ansicht zu verwerfen, dass Forderungen überhaupt eine absolute, gegen alle gerichtete Seite aufweisen und mithin die Trennung zwischen relativen und absoluten Rechten nicht aufrechterhalten wäre 3). Diese Ansicht verkennt, dass das Charakteristische an einem Forderungsrecht gerade seine Bezogenheit auf nur ein bestimmtes passivbeteiligtes Rechtssubjekt ist, während bei den absoluten Rechten eine minde-

1) Vgl. oben Anm. 1, S. 11

2) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 240, 248 ff. - Vgl. oben Anm. 2, S. 10

3) Diese Anschauung wird nachdrücklich von Gustav Heinemann in: Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen, Gruchot, Beiträge 70, S. 496 ff. vertreten. Nach seiner Ansicht besitzen alle Rechte die gleiche Aussenwirkung gegen alle und unterscheiden sich lediglich durch eine unterschiedliche Innenwirkung, je nachdem, ob es sich um ein Recht gegen eine Person oder an einer Sache handelt. Die Innenwirkung sei der Kernpunkt des Rechts (S. 501), daneben gäbe es noch eine "Selbstwirkung". Das Objekt sei nur Masstab des Rechtes. - Die Konsequenzen dieser im übrigen unklaren und gekünstelten Analyse führen zu einer grundsätzlichen Gleichbehandlung der Forderungs- mit den Sachenrechten. Heinemann meint, dass auch § 823 BGB bei Forderungsverletzung zur Anwendung kommen müsste. - Gegen diese Meinung mit Recht die überwiegende Ansicht, besonders eindeutig Siebert, a. a. O., S. 154.

stens potentielle Beziehung zu allen Rechtsgenossen besteht. Man könnte allenfalls die Begriffe "dingliches" und "ablolutes" Recht trennen und dann hier von ersterem, nie aber von einem absoluten Forderungsrecht sprechen 1).

b) Vertretung und Ermächtigung

Unsere Zivilrechtsordnung bietet zwei Möglichkeiten, wonach nicht nur der Rechtsinhaber selbst, sondern auch ein aussenstehender Dritter die Verfügungsgewalt an einem Gegenstand ausüben kann: die Vertretung und die Ermächtigung.

Die Vertretung hat gegenüber der Ermächtigung zunächst den Vorteil, dass sie eine genaue Regelung in unserem BGB erfahren hat. Durch die abstrakte Bevollmächtigung wird es dem Rechtsträger ermöglicht, mit unmittelbarer Wirkung gegen sich selbst Rechtshandlungen von einem Dritten vornehmen zu lassen. Charakteristisch für die Vertretung ist, dass der Bevollmächtigte als Substitut, als Ersatzmann für den Vertretenen auftritt; er bleibt infolgedessen auch bei der Vornahme von Rechtsgeschäften, die den anderen treffen sollen, sei es nun ausdrücklich oder auf Grund der Umstände, auf diesen bezogen (Publizitätsprinzip). Damit gibt er gleichsam seine Rechtssubjektivität auf, er schlüpft, wenn man so will, in ein anderes Kleid, nämlich das des Vertretenen; auf seine eigene Rechtsstellung, seine Geschäftsfähigkeit 2) usw. kommt es nunmehr nicht an. Mithin dürfte auch das von Ludewig gebrauchte Bild, wonach der Vertreter von aussen her in den Rechtskreis eines anderen eingreift 3), nicht ganz zutreffend sein. Vielmehr ist es so, dass der Vertreter vermittels eines eigenartigen Rechtsaktes, der Bevollmächtigung, in den Mittelpunkt des fremden Rechtskreises gleichsam hineingezogen wird und nunmehr selbst von innen wirkt.

Infolge der unmittelbaren Bezogenheit der Vertretung auf eine Rechtssubjekt kommt es nicht darauf an, ob und welche Rechte der Vertretene innehat. Er wird persönlich durch eine in seinem Namen abgegebene Willenserklärung gebunden. Damit scheiden die Schwierigkeiten, die sich aus der Objektbezogenheit der Ermächtigung ergeben, aus. Die Vertretung eignet sich zur Vornahme aller Rechtshandlungen namens und mit Wirkung gegen den Vertretenen.

Die Ermächtigung setzt dagegen das Bestehen eines dem Ermächtigenden

1) Derartige Gedanken finden sich bei v. Spreckelsen: Der Begriff des privatrechtlichen Amtes mit besonderer Berücksichtigung des Testamentsvollstreckers, in: Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts (Herausgeber Franz Leonhard), Breslau 1927, u. a. S. 13 ff., 27. Nach ihm ist z. B. die Ermächtigung ein absolutes, aber kein dingliches Recht.

2) Vgl. § 165 BGB

3) Ludewig, a. a. O., S. 1.

zustehenden Rechtes voraus 1). Nur soweit er tatsächlich Inhaber eines Rechtes ist, kann er einen anderen zur Vornahme der daraus fließenden Befugnisse ermächtigen.

Abzulehnen ist dagegen eine Meinung, die das Institut der Ermächtigung auch auf die Vornahme von Verpflichtungsgeschäften ausgedehnt wissen will 2). In der Praxis würde das zur unerwünschten Folge haben, dass der Kontrahent nie wüsste, wer ihm gegenüber eigentlich verpflichtet ist - ein unhaltbarer Zustand, der durch das Publizitätsprinzip der Vertretung gerade ausgeschlossen werden soll.

Theoretisch aber ist die erwähnte Meinung deshalb abzulehnen, weil die Ermächtigung stets die Bezogenheit auf ein bestimmtes, im Zeitpunkt der Ausübung tatsächlich schon existentes Recht voraussetzt. Die Bezogenheit auf ein anderes Rechtssubjekt dagegen charakterisiert nicht die Ermächtigung, sondern die Vertretung 3).

Es nimmt nicht wunder, dass die Befürworter einer Verpflichtungsermächtigung auch immer wieder Vertretung und Ermächtigung miteinander zu ver-

-
- 1) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 242 ff. Sie ist infolgedessen auch nur als Ermächtigung zur Vornahme einer Verfügung möglich. Eine Vollmacht dagegen enthält keine Verleihung der Verfügungsbefugnis, vgl. Raape: Zustimmung und Verfügung, ACP 121 (1923), S. 257 ff., hier insbesondere S. 265, 295. Zu einer Trübung führt es dagegen, wenn Staudinger, a. a. O., Anm. 9 zu § 185 BGB, eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Ermächtigung auch für Verpflichtungsgeschäfte, wie Verpachtung und Vermietung, empfiehlt. Vgl. auch RGZ 80, S. 395 ff.
 - 2) Eine Verpflichtungsermächtigung wird bejaht von Hirsch, a. a. O., insbesondere S. 188; Ludewig, a. a. O., S. 36 ff. insbesondere S. 72 ff.; auch v. Spreckelsen, a. a. O., S. 37 ff.. Dagegen mit h. M. Siebert, a. a. O., S. 255 f.; Lehmann, a. a. O., S. 313 f.; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 1236; Heinemann: Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen, Gruchot 70, S. 496 ff., hier S. 509 ff.; Rhode: Juristische Person und Treuhand, Berlin 1932, S. 92.
 - 3) Zur materiellen Unterscheidung von Vertretung und Ermächtigung vgl. v. Ihering in seinem Dogmatischen Jahrbuch, Band 2, S. 67 ff.; "Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte". Ihering kommt das Verdienst zu, als erster den Unterschied dieser beiden Institute erkannt zu haben. Diese Unterscheidung wird dagegen selbst von Autoren, die sich später im speziellen mit der Ermächtigung beschäftigt haben, z. B. Ludewig, oft nicht klar genug durchgeführt. - Zum materiellen Unterschied von Vertretung und Ermächtigung vgl. auch BayOb LG in: Entscheidungen des BayOb LG in Zivilsachen 1956, S. 173 ff. Un- deutlich dagegen Siber: Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB; Ihering JB 67, S. 81 ff., hier insbes. S. 103.

mischen suchen und darüber trotz zahlreicher Gemeinsamkeiten die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale ausser acht lassen 1).

Es ist also davon auszugehen, dass der Ermächtigte unter Bezugnahme auf ein bestimmtes Recht berufen wird; besteht dieses Recht nicht, dann ist auch die Ermächtigung hinfällig. Bei der Vertretung dagegen ist der Bevollmächtigte primär zur Vertretung eines bestimmten Rechtssubjektes, dessen Existenz seinsgesetzlich vorausgesetzt werden muss, aber erst sekundär, allenfalls daraus folgend, zur Ausübung einer dinglichen Herrschaftsfunktion berufen.

Damit wird deutlich, warum die Ermächtigung, im Gegensatz zur Vertretung, in eine so gefährliche Nähe zu den dinglichen Rechten rückt und es schwer hat, sich als selbständiges, völlig gleichwertig neben der Vertretung stehendes Rechtsinstitut zu rechtfertigen.

Ausserlich ist die Ermächtigung dadurch gekennzeichnet, dass bei ihr der Ermächtigte im eigenen Namen aufzutreten befugt ist 2). Jedoch soll, um die Oberflächlichkeit dieses Unterscheidungsmerkmals deutlich zu machen, darauf hingewiesen werden, dass es auch Fälle sog. offener Ermächtigung, d.h. unter Offenlegung des Ermächtigungsverhältnisses, gibt 3).

2. VERSUCH EINER DEUTUNG DES § 8 Abs.I KAGG AUF DER GRUNDLAGE DER STELLVERTRETUNG

Bevor versucht wird, den Nachweis dafür zu erbringen, dass es sich bei der Einsetzung des § 8 Abs.I KAGG um eine Ermächtigung handelt, erscheint es zunächst angebracht, die erste der beiden oben umrissenen Möglichkeiten einer Fremdverfügung mit unmittelbarer Wirkung gegen den Berechtigten, die Vertretung, kurz auf ihre Anwendbarkeit hinsichtlich unserer Textstelle zu prüfen. Dieser Aufgabe wird man sich auch nicht unter Hinweis darauf, dass § 8 Abs.I KAGG

-
- 1) So glaubt Hirsch, a. a. O., S. 188, die Vertretung dadurch deuten zu können, dass hier das Gesetz ausnahmsweise die Bezugnahme auf das Subjekt gestatte. - Die irrümliche Annahme einer Verpflichtungsermächtigung bei Ludewig, a. a. O., S. 40, 55 ff., sowie Hirsch, a. a. O., u. a. S. 188 beruht darauf, dass die genannten Autoren ein neben dem Eigentum herlaufendes selbständiges "Verwaltungsrecht" konstruieren. Vgl. dazu näher unten S. 72.
 - 2) Vgl. dieses allgemein als Unterscheidungsmerkmal angegebene Moment in allen einschlägigen Kommentierungen zu § 185 BGB.
 - 3) Vgl. zur "offenen Treuhand" oben Anm. 4, S. 7, Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 926; Rhode, a. a. O., S. 92, 93. - "Offene Treuhand" und "offene Ermächtigung" dürften sich entsprechen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen der hier benutzten Werke über treuhänderische Vermögensverwaltungen grundsätzlich auch hinsichtlich der Ermächtigung zu gelten haben. Vgl. auch unten S. 45, 71 a. E.

klar ein Auftreten der KAG im eigenen Namen vorschreibt, entziehen können. Mit Recht weist Spreckelsen darauf hin, dass es sich hier zwar um das augenfälligste, zugleich aber oberflächlichste Unterscheidungsmerkmal zwischen Ermächtigung und Vertretung handelt 1); die richtige Zuordnung zu dem einen oder anderen dieser beiden Institute liesse sich erst, so meint er, unter Berücksichtigung der Gesamtstellung des Befugten im Verhältnis zum Berechtigten treffen. Dabei geht es darum, abgesehen von dem äusseren Merkmal des Auftretens im eigenen oder fremden Namen, eine unterschiedliche Rechtsstellung des Verfügungsberechtigten nach dem der Rechtsmachterteilung zugrunde liegenden Willen zu ermitteln.

Man kann hierzu zunächst von der These ausgehen, dass dem Ermächtigten im Gegensatz zum Vertreter eine grössere Eigenständigkeit und Unabhängigkeit eingeräumt sein soll. Die Vertretung indessen kann - so sagt Spreckelsen richtig - als die gefälligste, zugleich am gründlichsten geregelte und leichter zu handhabende Institution für sich in Anspruch nehmen, zuerst in Betracht gezogen zu werden 2).

Diesen Gedanken wird man seine Zustimmung kaum versagen können. In den nachfolgenden Untersuchungen wird noch eingehend auf die Frage zurückzukommen sein, worin der wesensmässige Unterschied zwischen Ermächtigung und Vertretung liegt.

Dass für unsere Textstelle eine offene Stellvertretung in Frage käme, ist allerdings von vornherein abzulehnen; dazu bestimmt § 8 Abs. I KAGG zu deutlich, dass nur ein Auftreten der KAG im eigenen Namen gestattet ist. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass die Vertragspartner der KAG in der Regel wissen werden, dass eine Anlagegesellschaft über fremde Wertgegenstände verfügt.

Nachdem aber Rechtsprechung und Lehre durch die Zulassung einer Vertretung "für den, den es angeht" das Publizitätsprinzip ohnehin durchlöchert und Möglichkeiten für eine stille Stellvertretung geschaffen haben, ist der Versuch, auf dieser Basis die Verfügungsmacht der KAG zu erklären, mindestens nicht abwegig.

a) Die stille Stellvertretung 3)

Die Vertretung für den, den es angeht, ist ein Auftreten unter Offenhaltung der Person, die durch die eingegangenen Abmachungen unmittelbar betroffen werden soll 4). Hier findet also, im Gegensatz zur sogenannten indirekten oder mittelbaren Stellvertretung, keine irgendwie geartete Zwischenbindung oder ein Zwischenerwerb des Auftretenden statt.

1) Vgl. v. Spreckelsen, a. a. O., S. 103 ff.

2) v. Spreckelsen, a. a. O., S. 105.

3) Vgl. dazu, neben den einschlägigen Kommentaren, Cohn: Das rechtsgeschäftliche Handeln für denjenigen, den es angeht, Marburg 1931. Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl. S. 1101 ff.; Siebert, a. a. O., S. 124; RGZ 140, S. 336 ff.

4) Cohn, a. a. O., S. 12/13.

Die Anerkennung einer stillen Stellvertretung rechtfertigt sich aus dem Gedanken, dass der Kontrahent in vielen Fällen kein Interesse daran haben wird, zu erfahren, wen die Rechtsfolgen des Geschäftes unmittelbar betreffen. Eine Rechtsgrundlage dafür, dass die Offenbarung des Vertreterverhältnisses unterbleiben darf, ergibt sich aus einem entsprechenden, mindestens stillschweigenden Einverständnis des Dritten. Aus der Interessenlage heraus wird man indessen bei verschiedenen Fallgruppen ein derartiges stillschweigendes Einverständnis generell voraussetzen können. Hierzu gehören insbesondere diejenigen Rechtsgeschäfte, bei deren Abwicklung der Dritte gegen ordnungsgemäße Erlangung eines entsprechenden Äquivalentes einen ihm bisher gehörenden Gegenstand einem anderen übertragen will. Hier kann der ihm gegenüberstehende Vertreter, auch wenn er im eigenen Namen auftritt, unmittelbar für denjenigen, den es angeht, erwerben, ohne dass dadurch dem anderen Vertragsteil ein Nachteil droht.

Anders verhält es sich dagegen bei Kredit- und Verpflichtungsgeschäften. Hier will und muss jeder Partner wissen, mit wem er es unmittelbar zu tun hat. Zwar kann auch im Einzelfall eine Abmachung darüber, dass die Person des unmittelbar Betroffenen dahingestellt bleibt, zustande kommen. In der Regel ist jedoch nicht damit zu rechnen, und mithin kann eine derartige generelle Unterstellung auch nicht erfolgen.

Kann man nun auf der oben umrissenen Grundlage, etwa in Parallelität zu dem "Erwerb für den, den es angeht", einen "Rechterwerb von dem, den es betrifft", bejahen? Generell wird man diese Frage verneinen müssen. Der Erwerbende hat meistens ein rechtliches Interesse daran, zu erfahren, von wem er sein Recht herleitet. Das gilt schon aus Gründen des Gutglaubenschutzes.

M.E. wird man indessen auch hier, abgestellt auf den konkreten Tatbestand, spezifizieren müssen. Sicher kommt es im täglichen Leben dauernd vor, dass ein Vertreter im eigenen Namen einen Vermögensgegenstand des Vertretenen abstösst, ohne dass hierbei für den Erwerbenden Nachteile ersichtlich sind. Falls der Vertreter so oder so wenigstens materiell zur Vornahme der Verfügung befugt war, dann kann es u. U. sogar gegen Treu und Glauben verstossen, wenn sich der Erwerbende später auf die Verletzung des Publizitätsprinzips berufen will. Auch ohne dass es einer gesonderten Heilung bedarf - sei es durch den Vertretenen oder den Vertreter selbst -, wird ein solches Rechtsgeschäft im konkreten Fall u. U. sogleich mit seiner Vornahme voll wirksam. Auch hier können die Regeln einer zulässigen stillen Stellvertretung zur Anwendung gelangen.

Wenn ein Vertreter im Einzelfall schadlos einen Gegenstand übereignen kann, ohne das Stellvertretungsverhältnis bekanntgegeben zu haben, liegt die Versuchung nahe, Vertretung und Ermächtigung miteinander zu verquicken. Es stellt sich, ausgehend von den genannten Fällen, die Frage, ob die Vertretung nicht überhaupt eine Ermächtigung mitbeinhaltet. So behauptet z. B. Siber, dass eine Vertretung

weitestgehend die Befugnis, auch im eigenen Namen aufzutreten, enthält 1) 2).

Im Interesse einer klaren Unterscheidung beider Institute erscheint es indessen schon an dieser Stelle notwendig, dieser Auffassung nachhaltig entgegenzutreten.

- 1) Vgl. Siber, a.a.O., S.103; dagegen im Ergebnis Raape, a.a.O., S.265, vgl. auch S.267.
- 2) Siber trennt in seinem genannten Aufsatz das materielle Verwaltungsrecht auf der einen und die Frage des Auftretens im eigenen oder fremden Namen auf der anderen Seite (S.95 f., S.136 - 138). Hinsichtlich seiner Vorstellung über das Verwaltungsrecht am fremden Vermögen, woraus die materielle Verfügungsbefugnis fließt, wird man ihn Hirsch und Ludewig (vgl. unten S. 72) zuordnen dürfen. Nach Siber ist ein dingliches Verwaltungsrecht über fremdes Vermögen möglich (S.91). - Der Ermächtigung und Vollmacht kommt demgegenüber nur **eine** äussere, formelle Bedeutung zu; vgl. u.a. S.103. (Dagegen im Ergebnis unten S. 34 ff.) Allerdings wird im Falle der Vertretung der Bevollmächtigte befugt, im fremden Namen aufzutreten; darüber, ob man allein diese Befugnis schon als subjektives Recht aufzufassen hat, äussert sich Siber nicht. Eine materielle Bedeutung kommt dieser Berechtigung jedenfalls insofern nicht zu, als zur Wirksamkeit einer Fremdverfügung ausserdem auf jeden Fall das "Verwaltungsrecht" eingeräumt sein muss (S.141). - Ist nur dieses materielle Verwaltungsrecht verliehen, nicht aber die gleichzeitige Benutzung des fremden Namens, dann tritt der Befugte als "Ermächtigter" auf, S.207, 208; nach dieser Ansicht wäre die Ermächtigung wohl als ein Nullum zu deuten; denn die Verfügungsbefugnis folgt nicht etwa aus dieser "Ermächtigung", sondern aus dem Verwaltungsrecht selbst. Die Vertretung ist demgegenüber insofern positiv, weil hier neben das Verwaltungsrecht noch ein Mehr, die Erteilung zur Berechtigung der fremden Namensführung, hinzutreten muss. - Siber ist indessen der Meinung, dass sich im BGB kein Fall fände, bei dem der Gesetzgeber nicht neben dem Verwaltungsrecht gleichzeitig Vertretungsmacht verliehen hätte.

Siber ist entgegenzuhalten, dass er wie auch andere Autoren (vgl. unten S. 33 ff.) den Kern der Ermächtigung übersieht und statt dessen die materielle Verfügungsbefugnis aus einem öllig unnötig nebenher laufenden Verwaltungsrecht ableitet. Die Vorstellung eines derartigen "Verwaltungsrechts" ist in diesem weiten Umfange weder berechtigt noch notwendig (vgl. unten S. 70 ff.). Im Falle der gesetzlichen Vertretung zum Beispiel, die Siber gerne zitiert, folgt die materielle Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte unmittelbar aus der Vertretungsmacht, nicht aus einem nebenher laufenden "Verwaltungsrecht". Da die vorliegenden Untersuchungen darauf abzielen, die Ermächtigung als materielles Recht zur Verfügungsbefugnis zu kategorisieren, stehen sie in allen entscheidenden Fragen im Widerspruch zu der Auffassung von Heinrich Siber.

Gegen Siber v.Spreckelsen, a.a.O., S.103.

ten. Wenn Cohn zustimmungswürdig behauptet, dass sich stille Stellvertretung und Eigenberechtigung - Treuhand, Ermächtigung -, auch wenn es sich nur um ein formelles Eigenrecht handelt, gegenseitig ausschliessen 1), dann ist damit der Unterschied schon angedeutet. Unterstellt man zunächst einmal als richtig, dass die Ermächtigung im Gegensatz zur Vertretung dem Befugten ein Eigenrecht verleiht - im folgenden wird der Beweis dafür zu erbringen versucht -, dann zeigt sich, dass trotz eines in beiden Fällen, also auch bei der Vertretung, möglichen Auftretens im eigenen Namen ein erheblicher, für den Aussenstehenden allerdings nicht deutlich werdender Unterschied in der Rechtsstellung besteht. In Abweichung zu dem nach § 185 BGB Befugten, der sich eines wirklichen Eigenrechts berühen kann und daraus natürlicherweise auch im eigenen Namen auftritt, verschweigt der - stille - Stellvertreter etwas. Er gibt seine wahre Rechtsstellung nicht preis, sondern berüht sich statt dessen einer Position, die ihm in Wahrheit nicht zukommt. Auch wenn seine Handlung ausnahmsweise volle Wirksamkeit erlangt, kann das nicht darüber hinwegtäuschen, dass ihm eine eigenrechtliche Verfügungsbefugnis nicht eingeräumt ist. Daraus folgt, dass eine Bevollmächtigung a priori keine Verfügungsermächtigung incidenter mitumfasst. Vielmehr müssen beide Befugnisse gesondert erteilt werden. Der materielle Inhalt der Ermächtigung, ihr wesentliches Charakteristikum, liegt, wie sich gerade aus einer Gegenüberstellung mit der stillen Stellvertretung ergibt, nicht darin, dass nur das Auftreten anders geregelt ist, sondern in der Erteilung der materiellen Verfügungsmacht 2). Da dem Ermächtigten die materielle Verfügungsgewalt übergeben ist, folgt daraus ganz natürlich, dass er diese auch im eigenen Namen ausübt, nicht umgekehrt. Ein Auftreten im eigenen Namen lässt immer noch die Möglichkeit offen, dass hier eine stille Stellvertretung in Frage kommt.

Zieht man aus diesen Überlegungen Folgerungen für unsere Textstelle, dann ergibt sich, dass die Untersuchungen über deren Inhalt sich nicht darin erschöpfen können, festzustellen, dass die KAG zum Auftreten im eigenen Namen berechtigt ist. Es kommt vielmehr darauf an, die Aussage dieser Vorschrift über den blossen Wortlaut hinaus dahingehend zu prüfen, ob der KAG materiell die Verfügungsgewalt übertragen wird und ob sie ihr auf diese Weise übertragen werden kann. Stellt sich im Zusammenhang mit der gesamten Rechtsstellung der KAG heraus, dass ihr hier die Verfügungsbefugnis zu selbständigem und unabhängigem Eigenrecht anvertraut wird, dann ergibt sich daraus das Auftreten im eigenen Namen eigentlich schon von allein.

b) Die Gegensätzlichkeiten zwischen der Rechtsstellung der KAG und der eines Vertreters

Die ganze Anlage des KAGG spricht gegen die Annahme, das Verhältnis zwi-

1) Cohn, a. a. O., S. 10. Rhode, a. a. O., S. 91, spricht hier fälschlicherweise von einer Vertretung für Ungenannt.

2) Vgl. dazu unten S. 30ff.

schen den Anteilhabern und der KAG hinsichtlich der Gewalteinräumung an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen durch eine Vertretung erklären zu können. Dazu ist der Anlagegesellschaft eine viel zu selbständige und unabhängige Rechtsstellung bei ihrem Auftreten gegenüber Dritten eingeräumt.

Der Gesetzgeber hat es grundsätzlich vermieden, die Anteilhaber unmittelbar in die Geschäfte der KAG miteinzubeziehen. Das zeigt sich insbesondere bei den Verpflichtungsgeschäften. Bei Verfügungen war er zwar gezwungen, die Anteilhaber als unmittelbar Vermögensberechtigte auch unmittelbar durch Rechtshandlungen der KAG zu belasten; eine Ausweichmöglichkeit hiervon ist unvorstellbar. Indessen geschieht das mit grösstmöglichem Abstand von den Anteilhabern dadurch, dass man der KAG ein mindestens formell eigenständiges Verfügungsrecht einräumt, sie ermächtigt. Durch deren Rechtshandlungen wird dann zwar der einzelne Vermögens-Miteigentümer unmittelbar betroffen, er bleibt persönlich aber ausserhalb der Beziehungen zu dem Dritten, Geschäftsherr ist allein die KAG.

Diese Erkenntnis enthält gleichzeitig auch die Begründung dafür, warum hier in der Tat eine Ermächtigung geeigneter als eine Vertretung ist. Zwar lässt sich eine Regelung der Vermögensverwaltung der KAG im Prinzip auch auf der Grundlage der Vertretung vorstellen 1), eine weitgehende Eigenständigkeit der KAG, wie etwa beim Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker, ist mangels einer Interessenkollision nicht unbedingt erforderlich. Abgesehen davon aber, dass sich eine Regelung auf dieser Basis als unpraktisch erweisen würde - man denke nur an das Prozessrecht mit den Schwierigkeiten, die sich hier hinsichtlich der Parteifrage erheben würden 2) -, würde der einzelne auf diese Weise enger als unbedingt notwendig an die von der KAG getätigten Geschäftsvorgänge gebunden.

Schliesslich spricht auch noch ein anderer Gesichtspunkt dafür, dass der Gesetzgeber nicht eine Vertretung, sondern eine Ermächtigung als Grundlage der der KAG zu übergebenden Einwirkungsmöglichkeit auf das Vermögen gewählt hat.

Das Investmentwesen ist bekanntlich zuerst in den angelsächsischen Ländern entwickelt worden und hat von hier aus unserem Gesetzgeber als Vorbild gedient. Wie bereits festgestellt wurde, stehen in den dortigen Rechtssystemen zur Lösung der Verwaltungsfrage durch die Doppelspurigkeit des dinglichen Vollrechts ganz andere Gestaltungsmöglichkeiten als uns zur Verfügung. Ganz ähnliche Ergebnisse lassen sich im Bereiche unserer Rechtsordnung indessen durch eine Verwendung des In-

- 1) Vgl. dazu Meyer-Cording, a.a.O., S. 84, sowie oben Anm. 2, S. 6.
- 2) Vor Gericht ist ein Auftreten unter Offenhaltung der Person, die an dem Rechtsstreit unmittelbar als Partei beteiligt ist, unmöglich. Da praktisch eine namentliche Aufzählung aller Anteilhaber nicht in Frage kommt, müsste mit einer Prozesstandschaft operiert werden. Vgl. dazu Leo Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 7. Aufl., München und Berlin 1956, S. 162 ff., S. 188, sowie Stein-Jonas (Schönke-Pohle), 1. Band, 18. Aufl., 1953, vor § 50, Bem. I, 1; IV, 2 ff.

stituts der Ermächtigung erzielen 1). Mithin war es naheliegend, dass der Gesetzgeber diesen Weg beschritt.

Ob man den Kern des Auftretens der KAG richtig trifft oder wenigstens zu seiner Veranschaulichung beiträgt, wenn man bei § 8 Abs. I KAGG von einer "indirekten" Stellvertretung spricht, erscheint sehr zweifelhaft 2). Die Annahme einer indirekten oder mittelbaren Stellvertretung, wie sie zum Verständnis des Auftretens eines Einkaufs-Kommissionärs 3) konstruiert wurde, besagt rechtlich überhaupt nichts. Bekanntlich zeichnet sich die sogenannte "indirekte" Stellvertretung, die in unseren Gesetzen keine Erwähnung findet, gerade dadurch aus, dass sie keine Vertretung im Rechtssinne ist; ihr fehlt, nach aussen hin, die Publizität, und sie bewirkt im Innenverhältnis, dass die Bindungen eines Rechtsgeschäftes des mittelbaren Stellvertreters gerade in dessen Person, nicht aber in der des "Vertretenen" eintreten. Gerade in dem letzten Punkt liegt das wesentliche Unterscheidungsmerkmal zwischen der direkten, vom Gesetz anerkannten Stellvertretung und der mittelbaren. Gerade das hat aber unsere Ermächtigung mit der unmittelbaren Stellvertretung gemein: Die Wirkungen der Verfügung des Ermächtigten treffen unmittelbar den Vollrechtsinhaber. Zudem ist die Blickrichtung der Ermächtigung, im Gegensatz zur Vertretung, auf einen Gegenstand hin und nicht auf eine Person gerichtet. Wie bereits oben - im Gegensatz zu Autoren, die das Institut der Ermächtigung unangemessen weit ausgedehnt wissen wollen - erwähnt wurde, ist eine Ermächtigung nur hinsichtlich der Ausübung eines bereits bestehenden oder wenigstens bestimmbareren Rechtes vorstellbar. Dem Ermächtigten - in unserem konkreten Falle besonders deutlich der ermächtigten KAG - kann es völlig gleichgültig sein, welche Person als Vollrechtsinhaber hinter den von ihr verwalteten Gegenständen steht, sie hat gar kein Interesse daran, zu wissen, ob und wen sie im einzelnen "vertritt". Für sie ist allein wesentlich, dass sie die Verfügungsgewalt wirksam erlangt hat.

Den Begriff und die Verwendung des Wortes "Vertretung" sollte man also aus den Deutungsversuchen des § 8 Abs. I tunlichst ausklammern. Auch der Ver-

1) Vgl. Ernst Heymann, a. a. O., S. 535.

2) Zur Deutung des § 8 Abs. I KAGG wird von Tormann, a. a. O., Anm. I zu § 8, die "indirekte Stellvertretung" herangezogen. Schless tritt in seiner Arbeit: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, erschienen in den Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien, 1931, für eine grundsätzliche Identität zwischen mittelbarer Stellvertretung und den verschiedenen Fällen einer Verfügungsermächtigung, insbesondere bei der Treuhand, ein; vgl. u. a. S. 16, 21.

Dagegen Cohn, a. a. O., S. 32. Zum selben Fragenkreis vgl. auch Cohn S. 601; Siebert, a. a. O., S. 114.

3) Gegen ein Auftreten des Verkaufskommissionärs auf der Grundlage der Ermächtigung bestehen m. E. keine Bedenken.

such einer Konstruktion der der KAG übertragenen Verfügungsbefugnis auf der Grundlage einer - stillen - Vertretung kann jedenfalls zunächst dahingestellt bleiben. Eine derartige Konstruktion - die stille Stellvertretung dient in der Regel nur als Hilfsmittel in konkreten Einzelfällen, nicht aber als Basis einer ganzen, noch dazu vom Gesetz verordneten Verwaltung - ist erst dann gerechtfertigt, wenn sich herausstellen sollte, dass dem Institut der Ermächtigung eine eigenständige Bedeutung nicht beigemessen werden kann. Nur in diesem Falle wird man versuchen müssen, sie als unselbständige Abart der Vertretung zu konstruieren. Nur dann ergibt sich die Notwendigkeit, auf das Institut der Vertretung zurückzugreifen.

3. DIE ERMÄCHTIGUNG

Nachdem sich erwiesen hat, dass für eine Erklärung der Rechtsstellung der KAG bei der Ausübung der Verfügungsbefugnis über die zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände das Institut der Vertretung nicht geeignet ist, bleibt nur noch die alternative Möglichkeit der Ermächtigung.

Die Annahme einer Ermächtigung für § 8 Abs. I ist schon aus dem Grunde naheliegend, weil in dieser Bestimmung ausdrücklich die Verfügungsbefugnis zur Ausübung in eigenen Namen erteilt ist. Wohl schon deshalb wird von den Schriftstellern, die sich bisher mit dem KAGG beschäftigt haben, das Vorliegen einer Ermächtigung bejaht 1). Indessen erscheint hier im Gegensatz zur Vertretung die Schwierigkeit, dieses im BGB nur sehr spärlich geregelte Institut seinem ganzen Inhalt nach richtig zu erfassen und daraus Schlussfolgerungen auf die Rechtsstellung des Ermächtigten zu ziehen. Zwar wird die Zulässigkeit einer Ermächtigung heute wohl durchweg anerkannt; es stellt sich aber nach wie vor die noch nicht völlig geklärte Frage nach der Rechtfertigung und theoretischen Einordnung dieser Art einer Rechtseinwirkung auf einen fremden Vermögenskreis. Bevor also unbedenklich für § 8 Abs. I das Vorliegen einer Ermächtigung bejaht werden kann, erscheint es notwendig, zunächst kurz den Bestand dieses Instituts in unserer Rechtsordnung zu überprüfen. Dabei soll als Ziel dieser Untersuchung die in der Literatur umstrittene Frage nach der Rechtsstellung des Ermächtigten, insbesondere im Gegensatz zu der des Vertreters, beantwortet werden 2).

-
- 1) Für die Deutung des § 8 Abs. I als Ermächtigung Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 60, mit einer eigentümlichen Begründung. Eine gesetzliche Ermächtigung nimmt Dürre-Full in seinen Erläuterungen zum KAGG an, abgedruckt in: Das deutsche Bundesrecht, III H. 28, S. 13 ff.
 - 2) Vgl. dazu u. a. Heinemann in: Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen, Gruchot 70, S. 515 ff. Die Selbständigkeit der Ermächtigung gegenüber der Vertretung wird bestritten von Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, a. a. O., 2. Halbband, S. 1233, Anm. 6. Im Ergebnis ebenso v. Tuhr, Allg. Teil III, S. 551. Die Ermächtigung wird von diesem Autoren kaum gewürdigt. Vgl. auch Teil II,

a) Die dogmatische Rechtfertigung der Ermächtigung

aa) Die Trennung von Recht und Rechtsausübung als Grundlage der Ermächtigung

Wenn zu Beginn dieses Abschnittes, obschon mit einem Fragezeichen dahinter, ausgeführt wurde, dass die Verfügungsgewalt eng mit dem dazugehörigen Recht an einem Gegenstand verbunden ist und allem Anschein nach infolge des Ausschliesslichkeitsprinzips unseres Sachenrechts auch verbunden bleiben muss, so soll nunmehr die von Hirsch entwickelte Lehre von der Überlassung der Rechtsausübung die Möglichkeit einer Trennung aufzeigen 1).

Hirsch weist an Hand einzelner Beispiele aus dem BGB - §§ 1024, 1060, 1090 - wie auch durch logische Überlegungen nach, dass man das Recht an sich und die Ausübung desselben unterscheiden muss 2). Nach ihm räumt ein subjektives Recht seinem Träger zunächst nur eine abstrakt aufzufassende Macht im Sinne von rechtlichem Können und Vermögen zu. Das Recht an sich ist seinem ganzen Inhalt nach ein dem Rechtsträger von der Rechtsordnung zugewiesenes abstraktes Dürfen und Können, unsichtbar und unfassbar, lediglich im gedanklichen Raum als Beziehung zwischen Rechtssubjekt und Objekt existent.

Davon ist seinsgesetzlich zu unterscheiden das konkrete Tätigwerden des Rechtsträgers auf Grund dieses Rechtes, die Rechtsausübung. Zwar strebt jedes Recht nach tatsächlicher Verwirklichung, nach Ausübung; indessen ist die meist kurze, in Raum und Zeit sichtbar werdende Rechtsausübung etwas anderes als der nur abstrakt fassbare Machtzustand "Recht". Allerdings kann man nur dann von einer "Rechtsausübung" sprechen, wenn das konkrete Tätigwerden einer Person durch ein abstraktes Recht gedeckt ist; andernfalls handelt es sich um Unrecht 3).

Während sich die Rechte an sich im abstrakten Raum nicht stossen, bedarf es beim Zusammentreffen mehrerer dinglicher Rechte an einem Gegenstand einer Ausübungsregelung durch Kollisionsnormen. Andererseits hindert aber die Existenz nur eines dinglichen Rechts nicht, dass deren Rechtsträger die konkrete

Fortsetzung der Anmerkung 2), Seite 23:

S. 244 ff. . Nach RGZ 53, S. 275 ff. , ist die Ermächtigung von der Vertretung zu unterscheiden. Die Selbständigkeit der Ermächtigung nehmen an: Ludewig, a. a. O., S. 112; Siebert, a. a. O., vgl. u. a. S. 253 ff.

- 1) Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung - Vervielfältigung der Rechte, I. Teil, Berlin 1910, insbesondere S. 170 ff.
- 2) Hirsch, a. a. O., S. 29 ff, 176.
- 3) Hirsch, a. a. O., S. 74; so auch Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 1. Halbband, S. 438.

Ausübung auch anderen, an sich rechtsfremden Dritten überlässt. Hierdurch wird das zugrunde liegende Vollrecht in keiner Weise berührt, und es entsteht keine Kollision mit den nur für das abstrakte Recht selbst geltenden sachenrechtlichen Prinzipien. Derjenige, in dessen Hand das Vollrecht verbleibt, ist befugt, seine konkrete Ausübungsmacht beliebig oft anderen zu überlassen, ohne dass er damit etwas aus der Substanz seines Rechtes abgibt oder verliert. Auch er selbst ist dadurch in keiner Weise an seiner eigenen Rechtsausübung gehindert. Hierdurch erklärt sich eine bis ins Unendliche gehende Vervielfältigungsmöglichkeit der Ausübungsbefugnis, obgleich nur ein einziges dingliches Recht existiert. Keiner der zur Ausübung Berechtigten beschränkt a priori die Ausübungsbefugnis eines anderen. Es findet also keinerlei Rechtsverdrängung statt 1). Sollte indessen der Vollrechtsinhaber, ohne dass er damit sein abstraktes Recht verlöre, in der Ausübung gehindert sein, so bedarf es dazu einer besonderen Ausübungsschranke 2). Die durch die Vervielfältigung der Ausübungsbe-
fugnisse zu befürchtende Kollision im konkreten Raum regelt sich mangels besonderer Bestimmungen nach dem Grundsatz der Priorität 3).

Auch die Vornahme einer Verfügung ist nur Ausübung des Rechtes 4). An einem praktischen Beispiel demonstriert, bedeutet das, dass z.B. der Eigentümer seine aus dem abstrakten Eigentumsrecht entspringende Verfügungsmacht beliebig oft anderen weiter überlassen kann. Sollten sowohl der Vollrechtsinhaber als auch andere Verfügungsbefugte einander widersprechende Verfügungen über ein und denselben Gegenstand treffen, dann gilt die zuerst vorgenommene.

Hirsch versucht, mit Hilfe des Gedankens von der Vervielfältigungsmöglichkeit der Ausübungsbefugnisse insbesondere die Entstehung der dinglichen Belastungsrechte zu erklären. Zwar ist ihm klar, dass seine Gedanken auch und gerade zur Rechtfertigung der Ermächtigung dienen können, jedoch ist es zu einer genauen Be-

-
- 1) Eine Rechtsverdrängung, allerdings nur für die sog. "Verwaltungsrechte" nimmt Heinemann in: Die Formen der Rechtsausübung, Ihering JB 81, S. 373 ff. 385, an. Indessen lassen sich auch hier bei den sog. Zwangsverwaltungen besondere gesetzliche Ausübungsschranken nachweisen; vgl. §§ 1984, 2211 Abs. I BGB, 6 KO.
 - 2) Hirsch, a. a. O., S. 32; vgl. auch v. Spreckelsen, a. a. O., S. 53 ff., insbesondere S. 57.
 - 3) Da nur die konkrete Rechtsausübung durch Kollisionsnormen geregelt werden muss, ist, wie Hirsch schlüssig behauptet, im Bereiche des Liegenschaftsrechts bei einem Rangwechsel gem. § 880 BGB an sich keine Verfügung anzunehmen; eine solche folgt vielmehr nur aus der ausdrücklichen gesetzlichen Verordnung, vgl. Hirsch, a. a. O., S. 41 f. (42). Zur Kollision dinglicher Rechte vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 1439.
 - 4) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 82. Auch Besitz ist eine Art der Rechtsausübung. So Hirsch, a. a. O., S. 56.

arbeitung dieser Frage in einem zunächst vorgesehenen 2. Band dieses Werkes nicht gekommen. Aus seinen Andeutungen ist zu entnehmen, dass Hirsch durchaus auch zwischen einer "Übertragung der Ausübung" - im Falle der konstitutiven Sukzession - und der einfachen "Ausübungsüberlassung" - im Falle der Ermächtigung - zu unterscheiden gewusst hat 1).

Aus der Lehre von der Vervielfältigung der Rechte durch Überlassung der Rechtsausübung hat dann Ludewig die konsequenten Folgerungen für die Ermächtigung im speziellen gezogen 2). Danach rechtfertigt sich die Ermächtigung als eine Überlassung der Rechtsausübung an rechtsfremde Dritte, ohne dass die abstrakte Rechtsmacht des Berechtigten an sich in Mitleidenschaft gezogen wird. Im Unterschied zu den Fällen der sogenannten konstitutiven Sukzession (Pfandrechte, Niessbrauch) bleibt die Ermächtigung auch nach ihrer Entstehung eng mit dem Mutterrecht verbunden, erlangt keine eigene Rechtsbeständigkeit und geht mit dem Verlust des Hauptrechts unter 3).

Den oben entwickelten, von Hirsch überzeugend vorgetragenen Gedanken wird man sich, ungeachtet ihrer Anwendung auf die Entstehung dinglicher Belastungen, gerade zum Zwecke der Rechtfertigung des Instituts der Ermächtigung anschließen müssen. Denn während die Lehre Hirschs bei den Fällen der konstitutiven Sukzession nur zur Erklärung der Entstehung, also lediglich zur Durchleuchtung der logischen Sekunde bis zum vollen Erstarken des selbständigen dinglichen Belastungsrechtes dient, rechtfertigt sie die Überlassung der Rechtsausübung im Falle der Ermächtigung als Dauerzustand. Wenn die Trennung von abstraktem Recht und konkreter Ausübung ohne Verletzung des zugrundeliegenden dinglichen Rechts überhaupt möglich ist - und das wurde durch Hirsch überzeugend nachgewiesen -, dann ist damit auch ein Weg zur Erklärung des Dauerzustandes zwischen Ermächtigenden und Ermächtigten eröffnet. Die hieraus folgenden Ergebnisse decken sich vollauf mit der eigentümlichen Wirkungsweise einer Ermächtigung zur Vornahme von Verfügungen durch einen Nichtberechtigten 4). Der

1) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 178, 187.

2) Wilhelm Ludewig: Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht, Marburg 1922.

3) Zum Unterschied zwischen der Ermächtigung und den dinglichen Belastungsrechten vgl. auch Siebert, a. a. O., S. 242 ff., 253; Hirsch, a. a. O., S. 181. Siebert spricht übrigens, a. a. O., S. 253, bei der konstitutiven Sukzession von einer Übertragung der Substanzbefugnisse. Vgl. dazu unten zu Krückmann, S. 44 ff.

4) Die Verwendung des Begriffes "Nichtberechtigter" in § 185 BGB bedeutet nur, dass sich der Betroffene keines dinglichen Rechts an dem Gegenstand berühren kann; daraus lässt sich indessen nicht folgern, dass im Falle einer vorher erteilten Zustimmung, dem Ermächtigten überhaupt kein subjektives Recht zusteht. Vgl. dazu unten S. 30 ff. - Man wird sich im übrigen davor hüten müssen, die Ermächtigung lediglich aus der spärlichen Erwähnung in

kraft Einwilligung Ermächtigte, in § 185 BGB Nichtberechtigter genannt, hat keinerlei Anteil an dem dinglichen Recht selbst. Das wäre auch nicht möglich, ohne in Schwierigkeiten mit unseren Sachenrecht zu geraten. Von dem Grundsatz ausgehend, dass die Ausübungsüberlassung nicht mit dem Inhalt des dinglichen Rechts selbst kollidiert, ist auch die von Krückmann vorgetragene Lehre von der Vervielfältigung der Rechte durch qualitative Teilung zu verwerfen 1).

Die von Krückmann vorgeschlagene Konstruktion zur Erklärung der neben dem Eigentum herlaufenden dinglichen Berechtigung geht im Gegensatz zu Hirsch davon aus, dass die Verfügungsbefugnis zum Inhalte des Rechts selbst gehört 2). Demnach muss man sich ein dingliches Recht als ein Bündel von Einzelbefugnissen vorstellen, deren wesentlichste die Verfügungsgewalt ist; allerdings bewirkt dieser Zusammenschluss innerhalb eines Rechts qualitativ etwas anderes als lediglich die Summe der addierten Einzelbefugnisse 3). Nach Krückmann ist die Verfügungsbefugnis gleichsam eine juristische Eigenschaft der Sache, wodurch vielleicht am besten klar wird, dass an einem Gegenstand nur eine einzige, nicht aber mehrere nebeneinander herlaufende Verfügungsbefugnisse bestehen können. Da, so führt er aus, die zum Inhalt des Rechts selbst gehörende Verfügungsbefugnis absolut ist, kann sie keine gleichartige Macht neben sich dulden, da sich damit das Absolute gegenseitig aufheben würde 4).

Von dieser Vorstellung ausgehend, versucht Krückmann folgerichtig, bei denjenigen Berechtigungen, die eine Verfügungsgewalt mit sich bringen, wie Pfandrechte und Ermächtigung, unter Verneinung einer eigenständigen Verfügungsbefugnis lediglich eine Teilnahme an dieser einzigen Verfügungsmacht zu konstruieren. Es kommt für ihn also darauf an, den logischen Beweis dafür zu erbringen, dass es sich hier um ein Partizipieren an der zu jedem Gegenstand nur einmal bestehenden Verfügungsbefugnis, in die sich mehrere Subjekte teilen müssen, handeln kann. Eine Vervielfältigung ist nach dieser Meinung ausgeschlossen.

Die Teilnahme mehrerer an einer einzigen Verfügungsmacht erklärt Krückmann nun durch eine sogenannte "qualitative Teilung" 5). Auf Grund einer eigenartigen Eigenschaft sei es der Verfügungsmacht möglich, sich in der ge-

Fortsetzung der Anmerkung 4), Seite 26:

§ 185 BGB zu erläutern. Es handelt sich hier vielmehr um eine Institution, die sich, unabhängig davon, kraft Gewohnheitsrechts durchgesetzt hat.

1) Krückmann: Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach Römischem Recht, ACP 103, S. 251 ff., S. 279 ff.

2) Krückmann, a. a. O., S. 252, 254.

3) Vgl. Hirsch über Krückmann, a. a. O., S. 202 ff., insbesondere S. 204.

4) Krückmann, a. a. O., S. 261 f.

5) Vgl. u. a. Krückmann, a. a. O., S. 279 f.

wünschten Weise auszudehnen, ohne dabei selbst einen quantitativen Substanzverlust zu erleiden; falls eine Nebenberechtigung wieder entfällt, hat nach Krückmann die Verfügungsbefugnis wiederum die Eigenschaft, sich auf Grund einer ihr innewohnenden Elastizität ohne weiteres zusammenzuziehen.

Die Konsequenzen aus dieser Betrachtungsweise führen zunächst zu einer Nivellierung von Ermächtigung und Pfandrecht. Denn beide sind und bleiben in der gleichen Weise an die eine Verfügungsmacht gebunden. Für letzteres muss ausserdem der Charakter eines eigenen dinglichen Rechtes geleugnet werden. Wenn es sich hier nur um eine Substanzbeteiligung am Mutterrecht handelt, dann ist die Meinung naheliegend, dass die Pfandrechte nur den Schein eines selbständigen Rechtes erwecken.

Mit Recht wendet sich Hirsch zunächst gegen diese naturwissenschaftliche Denkungsweise zur Erklärung eines geisteswissenschaftlichen Phänomens 1). Schon der Begriff "qualitative Teilung" kann nur Verwirrung stiften, da eine Teilung ontologisch eine Quantität voraussetzt. Darüber hinaus müssen auch Bedenken gegen die Verkümmern eines selbständigen dinglichen Rechts "Pfandrecht" angemeldet werden. Durch diese Konstruktion verwischen jedliche Grenzen zwischen den dinglichen Rechten, die eine Verfügungsbefugnis im Gefolge haben, und der Ermächtigung. Eine wesensmässige Trennung zwischen diesen beiden Institutionen ist bei dieser Betrachtung beinahe unmöglich.

ab) Die Überlassung der Rechtsausübung durch Einwilligung

Die Überlassung der Rechtsausübung geschieht bei der Ermächtigung durch den Rechtsakt der Einwilligung 2). Hierdurch wird deutlich, dass es sich um keine Rechtsübertragung von Seiten des Berechtigten auf den Verfügungsbefugten handelt. Der Ermächtigende bewirkt vielmehr ein Schwächeres, er erteilt lediglich seine Zustimmung zu einer Rechtshandlung eines anderen mit Rechtswirksamkeit gegen sich selbst 3).

-
- 1) Hirsch, a. a. O., S. 170, S. 202 ff., vgl. auch Rhode, a. a. O., S. 70, 74, sowie v. Spreckelsen, a. a. O., S. 54, 55.
 - 2) Dass die Ermächtigung auf einer Einwilligung beruht, wird deutlich bei Siebert, a. a. O., S. 295 ff.; so auch Ludewig, a. a. O., S. 29 ff., der übrigens die Einwilligung auch als Obergriff für die Vertretung annimmt (vgl. dazu oben Anm. 1, S. 16); vgl. ferner Lehmann, a. a. O., S. 313 f.; Raape, a. a. O., S. 279 ff.; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 882, Anm. 11, S. 885.
 - 3) Man beachte also wohl, dass zur konstitutiven Sukzession durch "Übertragung der Rechtsausübung" ein formeller Rechtsakt notwendig ist, zur "Überlassung" dagegen, obgleich es sich wesensmässig ebenfalls um eine Vervielfältigung der Rechtsausübung handelt, eine einfache, formlose Einwilligung genügt. Diese Unterschiedlichkeit lässt sich neben der positiven Gesetzesregelung dadurch

Aus der Erkenntnis, dass die Ausübungsüberlassung nicht auf einem formgebundenen Rechtsakt, sondern auf einer schlichten Einwilligung beruht, dass keine Rechtsübertragung stattfindet, ergeben sich eine Reihe praktischer Konsequenzen.

Da die Einwilligung von Natur aus modellierungsfähig ist, kann sie auch beliebig beschränkt erteilt werden 1).

Die Verfügungsgewalt des Ermächtigten kann auf diese Weise, ohne dass dadurch sachenrechtliche Prinzipien verletzt würden, nicht nur dem Umfang nach begrenzt werden, sondern auch in Richtung auf bestimmte Personen oder einen bestimmten Personenkreis; ebenso, wie es bei einer später erfolgenden Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten dem Berechtigten zusteht, seine Entscheidung davon abhängig zu machen, dass der Rechtsakt gerade diesem oder jenem zugute kommt, muss es auch möglich sein, von vornherein die Verfügungsbefugnis nur soweit einem anderen zu überlassen, als dieser davon gegenüber einer bestimmten Person Gebrauch macht.

Durch den Umstand, dass die Verfügungsgewalt des Ermächtigten kraft Einwilligung von vornherein zweckgezielt beschränkbar ist, erweist sich die Ermächtigung im Gegensatz zur Vollrechtsübertragung als geeignetes Instrumentarium zur Begründung einer Verwaltungstreuhand. Siebert hat den überzeugenden Beweis hierfür erbracht 2).

Andererseits vermag der Verf. sich nicht davon zu überzeugen, dass die Zustimmung einheitlich zur Verfügung über ein ganzes Vermögen erteilt werden kann; insoweit ist die Ermächtigung zu sachbezogen. Wo das der Fall ist, wird man diese Gesamteinwilligung rechtlich vielmehr in ein Bündel von Einzel-Ausübungsüberlassungen, bezogen auf jeweils nur einen einzelnen Gegenstand, aufzufassen haben. Ebensowenig, wie neben der Summe der die einzelnen Vermögensgegenstände betreffenden Verfügungsbefugnisse ein komplexes Verfügungsrecht hinsichtlich des ganzen Vermögens besteht, wie Hirsch und Ludewig irrig behaupten 3), kann diese Ausübungsbefugnis im ganzen, ohne Rücksicht auf den einzelnen von ihr betroffenen Gegenstand, einem Dritten überlassen werden. Insoweit bleibt m. E. die Verfügungsgewalt des Ermächtigten dem Spezialitätsprinzip des Sachenrechts verhaftet. Eine Ausnahme hiervon lässt sich nur in denjenigen, vom Gesetz verordneten Fällen machen, in denen einer bestimmten Person ein ganzes und rechtlich eigenständiges, apriorisches "Verwaltungsrecht" an einem fremden Vermögen überantwortet ist 4). Hier, im Falle

Fortsetzung der Anmerkung 3), Seite 28:

erklären, dass sich die Ermächtigung nicht verselbständigt, sondern dauernd mit dem Mutterrecht verbunden bleibt. Vgl. oben Anm. 1, S. 26.

1) Die beliebige Beschränkbarkeit der Einwilligung ergibt sich aus den allgemeinen Regeln. Vgl. hierzu die einschlägigen Kommentare.

2) Siebert, a. a. O., S. 294 ff.

3) Vgl. oben Anm. 1, S. 16, unten S. 72

4) Vgl. unten S. 70 ff.

des Konkurses, der Nachlassverwaltung, der Testamentsvollstreckung und der Zwangsverwaltung nach dem ZVG, dürfte es sich um eine gesetzlich vorgesehene, also dem Ausschliesslichkeitsprinzip nicht widersprechende dingliche Belastung eines ganzen Vermögens handeln. In diesen Fällen lässt sich dann auch darüber streiten, ob dieses rechtlich relevante "Verwaltungsrecht" nicht schon von sich aus in der Lage ist, die Verfügungsbefugnis des Vollrechtsinhabers zu beschränken, ohne dass eine gesonderte Ausübungsschranke notwendig wäre 1).

Die Fassung des § 8 Abs. I scheint dem Verf. in dieser Hinsicht vorbildlich zu sein. Sie spricht klar in der Mehrzahl von Objekten, wenn sie die Verfügungsgewalt "an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen" der KAAG überlässt 2).

b) Die Rechtsstellung des Ermächtigten

Die bisherigen Untersuchungen hatten sich zunächst mit der Trennungs- und Vervielfältigungsmöglichkeit der Rechtsausübung im Verhältnis zum abstrakten Mutterrecht zu beschäftigen.

Es stellt sich nunmehr die schwer zu beantwortende und sehr umstrittene Frage, welche Rechtsstellung der Ermächtigte durch die Zustimmung des Berechtigten erhält 3).

Dieses Problem wird nur im Falle der nach § 185 BGB vorher erteilten Verfügungsbefugnis, nicht bei einer nachträglich Heilung durch Genehmigung oder Konvaleszenz, akut. Denn nur im ersten Falle bleibt zu klären, welchen Status der Ermächtigte nun mehr erlangt hat.

Die Trennung der Ausübungsbefugnis vom Mutterrecht sagt darüber nichts. Im Gegenteil stellt sich, nachdem davon auszugehen ist, dass vom Mutterrecht selbst nichts übergeht, die Frage nach dem Recht des Ermächtigten um so deutlicher; vorerst hängt die ihm überlassene Rechtsausübung sozusagen im leeren Raum und bedarf einer rechtlichen Grundlage. Denn der Ermächtigte übt nicht nur ein fremdes Recht aus, sondern er benötigt seinerseits, um in den fremden Rechtskreis einzugreifen, eine allein auf sich bezogene abstrakte Rechtfertigung. Jede konkrete Handlung, die rechtliche Wirksamkeit erlangen will, benötigt dazu eine dem Handelnden von der Rechtsordnung zugebilligte abstrakte Macht 4).

Dieser grundlegende Satz wird selbstverständlich nicht durch die in unserer Rechtsordnung vorgesehene Möglichkeit des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten kraft guten Glaubens erschüttert. Hierdurch wird nicht etwa die Handlung des Nichtberechtigten zu einer rechtmässigen, vielmehr tritt die Wirksamkeit zu Gunsten des Gutgläubigen originär kraft Gesetzes ein.

1) Vgl. oben Anm. 1, S. 25

2) Vgl. oben S. 11

3) Vgl. oben Anm. 2, S. 23

4) Vgl. oben Anm. 3, S. 24

ba) Die Ermächtigung als subjektives Recht

Hirsch fasst die oben umrissene Notwendigkeit der Zuordnung jeder Rechtsausübung zu einer dem Handelnden von der Rechtsordnung zugebilligten abstrakten Macht in den Satz von der grundsätzlichen Kongruenz von Recht und Rechtsausübung 1). Dabei identifiziert er abstrakte Macht und subjektives Recht 2). Wenn also unsere Rechtsordnung die Überlassung der Rechtsausübung an einen anderen ermöglicht, dann ist angezeigt, dass dem Ermächtigten damit irgendeine abstrakte Macht gleich Recht eingeräumt wird.

Der Weg, der hier beschritten wird, ist also ein dem Üblichen genau entgegengesetzter: Während in der Regel zuerst das abstrakte Recht feststeht und sich daraus die Ausübungsbefugnisse ergeben, steht hier die Ausübungsgewalt fest, und mit Hilfe eines Umkehrschlusses muss das Vorliegen eines subjektiven Rechts vermutet werden.

Nicht nur von Hirsch, sondern auch von der Mehrheit der modernen Schriftsteller wird das subjektive Recht gleichgesetzt einer von der Rechtsordnung dem einzelnen Rechtsgenossen verliehenen Macht im Sinne von rechtlichem Können und Vermögen 3) 4).

Es soll zugegeben werden, dass eine abstrakte Macht sicherlich den wesentlichsten Inhalt eines Rechtes ausmacht. Indessen ist es nicht ganz ungefährlich, einen abstrakten Begriff, wie den des "Rechtes", an dem immer etwas undefinierbares bleiben wird, einem anderen so völlig gleichzusetzen 5). Bevor man von einem subjektiven Recht sprechen kann, muss zu der reinen Macht noch etwas anderes hinzutreten, nämlich eine abstrakte Beziehung von einem Rechtsgenossen zu einem anderen. Jedes Recht setzt ein oder mehrere aktive und auf der Gegenseite

1) Hirsch, a. a. O., S. 27

2) Vgl. Anm. 3)

3) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 1. Halbband, § 72 auf S. 428 ff.; Lehmann, a. a. O., S. 69; Heinemann in: Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen, S. 501 ff.; Hirsch, a. a. O., S. 4/5; Rhode, a. a. O., S. 65 ff., S. 69.

4) Ob diese Definition hinsichtlich der Notwendigkeit, dass die Rechtsordnung immer zuteilend in Erscheinung treten muss, nach unserer heutigen, stärker nach einem vorgegebenen Naturrecht tendierenden Auffassung noch ganz zutreffend ist, mag dahingestellt bleiben. Mit Rechten, die auch ausserhalb des von der Gesetzesordnung Verordneten begründet sein könnten, haben wir uns hier nicht zu befassen. - Ob sich die von der Rechtsordnung zugewiesenen Rechte indessen auch noch anderweitig rechtfertigen lassen, ist für unsere Betrachtung unerheblich. - Den rechtsethischen Gehalt eines Rechts anerkennt z. B. auch Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 1. Halbband, S. 430.

5) An der völligen Gleichstellung von Recht und Macht offenbar zweifelnd, Rhode, a. a. O., S. 71, v. Tuhr, Teil I, a. a. O., S. 53 ff.

passive Beziehungsträger voraus. Ohne die Vorstellung eines abstrakten Rechtsträgers, an dessen einem Ende der Berechtigte eine Macht ausübt, während an dem anderen ein zweites Rechtssubjekt machtunterworfen ist, wird man die Frage des subjektiven Rechts nicht vollständig darstellen können. In diesem Vorstellungsbild ist auch die Bedeutung der Macht richtig eingeordnet. Andererseits wird dadurch klar, dass kein Recht ohne Aktiv- und Passivsubjekt existieren kann. Rechtsbeziehungen sind nur unter Menschen möglich.

Oertmann hat überzeugend dargestellt, dass die Trennung von Recht und Rechtssubjekt zwar zu experimentellen Zwecken erlaubt sein mag, ansonsten aber dem Rechtsbegriff nicht gerecht wird 1). Damit wird die Frage nach der subjektiven Bezogenheit 2) oder, wie Oertmann sagt, der Rechtszuständigkeit in einem ganz anderen Masse deutlich, als das bei der Definition Recht gleich Macht der Fall sein kann. Die Wichtigkeit der Frage von der subjektiven Bezogenheit der mit dem Recht erteilten Macht wird insbesondere bei der Unterscheidung von Vertretung und Ermächtigung wesentlich.

Wenn ein Recht auf ein Subjekt, auf seinen Rechtsträger bezogen sein muss, dann kann trotz aller eventuell gegebenen Macht nur derjenige sich eines subjektiven Rechts berühren, der mit dieser Selbstbezogenheit eine Macht auszuüben vermag. Muss er indessen die von ihm ausgeübte Macht von vornherein auf einen anderen beziehen, geht sie also nur durch ihn hindurch, dann fällt es schwer, hier noch von einer subjektiven Rechtsträgerschaft zu sprechen. Diese Frage stellt sich insbesondere bei der Vertretung und gilt hier hinsichtlich der abstrakt erteilten Vollmacht, ungeachtet eines eventuell kausal bestehenden Rechtes auf Überlassung der Vertretung gegenüber dem Vertretenen. Im Verhältnis zu einem Dritten jedenfalls kann - im Gegensatz zur Ermächtigung - von einer Eigenzuständigkeit der ausgeübten Rechtsmacht keine Rede sein 3).

Die Frage nach der Rechtsstellung des Vertreters ist alt und wurde bereits im vergangenen Jahrhundert heftig diskutiert. Nachdem mit dem Erlass des BGB die Vertretung weitgehend nach der Repräsentationstheorie gestaltet und damit dem Vertreter eine bedeutende Stellung zuerkannt wurde - Indiz dafür ist, dass es allein auf die Willensmängel des Vertreters ankommt -, dürfte die Mehrzahl der Autoren heute in der Vertretung ein subjektives Recht des Bevollmächtigten sehen 4).

-
- 1) Oertmann: Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Ihering JB 66, S. 130 ff., hier insbesondere S. 133 ff., S. 149.
 - 2) Dieser Begriff wird von Siebert benutzt.
 - 3) Die Vertretung enthält unmittelbar keine Verfügungsmacht. Vgl. Raape, a. a. O., S. 265, 295. Bei der Ermächtigung, die deutschrechtlichen Ursprungs ist, war die Causa unmittelbar in die Machterteilung mit aufgenommen! Vgl. dazu Siebert, a. a. O., S. 50.
 - 4) Vgl. Staudinger, a. a. O., Vorbem. 6 vor § 164 BGB; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 1. Halbband, S. 445/446, Anm. 6; Raape, a. a. O., S. 267.

Diese Ansicht ist jedoch nicht unbedenklich. Oben wurde nachzuweisen versucht, dass ein subjektives Recht nicht völlig synonym mit einer abstrakten Macht ist, sondern dass über das bloße Ausüben von Machtfunktionen hinaus noch ein anderes, die Subjektivität, die Bezogenheit des aktiven Funktionsträgers, die Eigenmacht, hinzutreten muss. Rechtsinhalt und Rechtsträgerschaft lassen sich grundsätzlich nicht voneinander trennen, sondern bedingen sich gegenseitig. Jedes subjektive Recht muss zunächst von dem Subjekt, auf das es bezogen ist, aufgebaut werden. Die Bedeutung der Bezogenheit auf einen bestimmten Rechtsträger darf bei allen Definitionsversuchen über das subjektive Recht nicht so völlig ausser Acht gelassen werden, wie das vielfach geschieht. Dieser Vorwurf ist auch Hirsch zu machen, dessen zunächst so bestechender Satz von der unbedingten Kongruenz von Rechtsausübung und subjektivem Recht gleich Macht hier seine Grenzen findet. Nicht jeder, dem bestimmte Machtfunktionen zur Ausübung überlassen sind, kann sich deswegen a priori eines Eigenrechts rühmen. Wenn schon eine solche Macht zu bejahen ist, dann muss auch die subjektive Bezogenheit auf einen Ausübungsbefugten gegeben sein. Daraus ist zu folgern, dass dieses Erfordernis zwar bei der Ermächtigung vorliegt, dagegen bei der Vertretung in Frage gestellt bleibt. Ohne die mit dem Wesen der Vertretung zusammenhängenden Fragen im Rahmen dieser Arbeit bis in alle Einzelheiten durchdiskutieren zu können, ist hier mindestens ein wesentlicher struktureller Unterschied zwischen Ermächtigung und Vertretung sichtbar geworden.

Eine Verkenntung der zwischen Ermächtigung und Vertretung bestehenden materiellen Unterschiede, wie sie auch bei Hirsch und Ludewig anzutreffen ist 1), muss zu einer Gefährdung der Eigenständigkeit des Instituts "Ermächtigung" gegenüber dem Institut der "Vertretung" führen. Eben auf dieser Eigenständigkeit und eigenrechtlichen Gewalt beruhen aber die für die Ermächtigung, im Gegensatz zur Vertretung, bestehenden besonderen Anwendungsmöglichkeiten, z.B. hinsichtlich der Treuhand 2).

Während bei der Ermächtigung die Eigenbezogenheit des Ausübungsbefugten offenkundig ist, besteht hinsichtlich der Frage der abstrakten Rechtsmacht des Ermächtigten Streit. Im Gegensatz zu der wohl überwiegenden Meinung, wonach die Ermächtigung als echtes subjektives Recht eingeordnet wird, steht die Behauptung, dass es sich hier lediglich um eine Reflexwirkung ohne materiellrechtlich relevanten Kern handle 3). Der Ermächtigte sei hinsichtlich der ihm übertragenen Befugnis ständig so abhängig von dem Willen des Ermächtigenden, dass man hier von keinem subjektiven Recht mehr sprechen könne.

1) Vgl. oben Anm. 1, S. 16.

2) Vgl. insbesondere Siebert, a. a. O., S. 294 ff.

3) So Rhode, a. a. O., S. 98; wohl auch Schless, a. a. O., S. 37 ff.; dagegen insbesondere Siebert, a. a. O., S. 232 ff., Ludewig, a. a. O., u. a. S. 26.

An dieser Stelle empfiehlt sich ein Blick auf die Diskussion, welche über die rechtliche Einordnung der Legitimation zur Ausübung des Aktienstimmrechts 1) nach § 114 AktG geführt wird. Die dort zu entscheidende Frage unterscheidet sich nicht wesentlich von der hier gestellten; eine den Kern des Problems selbst nicht berührende Differenz zeigt sich lediglich darin, dass dort keine Befugnis zur Veränderung der dinglichen Rechtslage, sondern nur zur Ausübung von Mitgliedschaftsrechten erteilt ist und dass dem Stimmberechtigten die Rechtsvermutung des auf seinen Namen hinterlegten Wertpapiers zugute kommt.

Siebert hat überzeugend darauf hingewiesen, dass die Legitimationsübertragung zur Ausübung des Aktienstimmrechts auf einer Ermächtigung beruht und einen materiellrechtlichen Kern aufweist 2). Sie ist damit scharf zu unterscheiden von der auf dem Rechtsschein eines Wertpapiers beruhenden Formallegitimation, die man wohl als "Reflexwirkung" wird bezeichnen können und deren sich auch ein materiell nicht Berechtigter bedienen kann 3).

Die materiellrechtliche Gewalt des ordnungsgemäss Ermächtigten zeigt sich zunächst in seinem Verhältnis zum Vollrechtsinhaber. Die Tatsache, dass dieser die Rechtshandlungen des Ermächtigten gegen sich gelten lassen muss, macht diese Machtunterworfenheit deutlich. Man kann demgegenüber nicht einwenden, dass der Vollrechtsinhaber die einmal erteilte Verfügungsbefugnis jederzeit, soweit das im Rahmen der Causa statthaft ist, widerrufen und einengen kann. Diese Möglichkeit gehört vielmehr zu den charakteristischen Ausgestaltungsmöglichkeiten der Ermächtigung, kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass dem Ermächtigten, solange und soweit seine Befugnis besteht, eine Rechtsmacht im Sinne von rechtlichem Können und Vermögen gegenüber dem Vollrechtsinhaber eingeräumt ist.

Darüber hinaus erfreut sich aber der Ermächtigte einer materiellrechtlichen Gewalt auch gegenüber demjenigen Dritten, mit dem er nach aussen hin auf Grund seiner Befugnis kontrahiert. Die der Ermächtigung in dieser Richtung inwohnende Macht, ihr materiellrechtlicher Kern tritt indessen nicht immer klar

-
- 1) Für eine blosse Reflexwirkung offenbar Staudinger a. a. O., Bem. 62 vor § 164 BGB; a. A. Ludewig, a. a. O., S. 9, Hueck; in seinem Kommentar zum AktG, Anm. 6 zu § 114; Siebert, a. a. O., S. 291 f; Zur Legitimation überhaupt vgl. Schless, a. a. O., S. 34, 37.
 - 2) Siebert, a. a. O., S. 291 f.
 - 3) Vgl. dazu insbesondere Siebert, a. a. O., S. 293. Über die Bedeutung des Rechtsscheins im Wertpapierrecht allgemein, vgl. Jacobi, a. a. O., S. 180 ff; derselbe in Grundriss des Rechts der Wertpapiere im allgemeinen, 3. Aufl. Leipzig 1928, hier S. 22 ff; Hueck: Recht der Wertpapiere, 6. Aufl., Berlin und Frankfurt/M., 1954, S. 45; sowie Siebert, a. a. O., S. 234; Schultze, a. a. O., S. 46 ff.

zutage. Denn in der Regel erlangt derjenige, der mit dem Verfügungsbefugten kontrahiert, durch diesen nur einen Rechtsvorteil und ist ihm insofern nicht gewaltunterworfen. Anders verhält es sich dagegen bei der Einziehungsermächtigung. Hier wird eine echte Macht gegenüber dem Schuldner evident. Da es sich wesensmässig auch hierbei um nichts anderes, als um eine Verfügungsermächtigung des Einziehungsberechtigten handelt 1), lässt sich hieran am besten der materiellrechtliche Kern einer Ermächtigung demonstrieren. Wo demgegenüber von der These ausgegangen wird, dass der Ermächtigung kein materieller Kern innewohne, mithin nach einer anderen Erklärung dafür gesucht werden muss, woher die unleugbare Macht des Einziehungsbefugten nun eigentlich stamme, kommt es zu gekünstelten Konstruktionen.

Das beste Beispiel hierfür und gleichzeitig den unfreiwilligen Beweis, dass es ohne einen materiellrechtlichen Kern der Ermächtigung nicht geht, bietet wohl die Arbeit von Rudolf Löbl: Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen 2).

Auch Löbl ist der Ansicht, dass dem Einziehungsberechtigten in irgendeiner Weise eine materielle Gewalt gegeben werden muss, die dem Dritten gegenüber zum Austrag kommt. Obgleich er den Begriff "Ermächtigung" benutzt, geht er davon aus, dass dieses Institut nicht ausreicht, dem Verfügungsbefugten die für ihn erforderliche materielle Gewalt zu verschaffen. In seiner Polemik gegen die von Ludewig vorgetragene Lehre wird deutlich, dass er der Ermächtigung eine eigene Rechtsmacht aberkennt 3). Er ist vielmehr der Ansicht, dass es sich hierbei um eine rein formale Legitimation handle, um einen Reflex, der lediglich die Widerrechtlichkeit gegenüber dem Ermächtigten ausschliesse 4). Nur innerhalb der Beziehung zwischen Ermächtigendem und Einziehungsberechtigtem komme der Ermächtigung eine Bedeutung zu, nicht aber darüber hinaus.

Auf Grund dieser Annahme sieht sich Löbl gezwungen, nach anderen Möglichkeiten zu suchen, um die Macht des Einziehungsberechtigten zu erklären, ohne dabei den Weg über die fiduziarische Vollabtretung gehen zu müssen.

Er bietet dafür eine Konstruktion an, die zwar der einzige Ausweg zu sein scheint, darum indessen doch nicht überzeugt 5). Nach Löbl besitzt jedes subjektive Recht, nicht nur das dingliche, eine absolute und eine relative Seite - eine Ansicht, der schon an anderer Stelle in Übereinstimmung mit der überwie-

1) Vgl. dazu insbesondere Ludewig, a. a. O., S. 85 ff., 91 ff.; Siebert, a. a. O., S. 266 ff.; v. Spreckelsen, a. a. O., S. 38, 39.

2) ACP 129, S. 278 ff.; gegen Löbl Siebert, a. a. O., S. 154, 252; vgl. auch oben Anm. 3, S. 33.

3) Löbl, a. a. O., S. 279.

4) Raape a. a. O. will übrigens allein das schon als Verfügung gelten lassen, vgl. S. 275, 278/279.

5) Löbl, a. a. O., S. 286 ff.

genden Meinung entgegengetreten wurde. Nun soll nach ihm eine Teilung in der Weise möglich sein, dass ohne Veränderung der Rechtszuständigkeit eine Übertragung der relativen Seite auf den Einziehungsberechtigten stattfindet, während das Vollrecht selbst mit der absoluten Seite dem Altgläubiger verbleibt. Er glaubt hierdurch zu erreichen, dass auch der Einziehungsberechtigte einen genügenden Teil der materiellen Gläubigerstellung erhält.

Die von Löbl vertretene Ansicht weist unverkennbare Parallelen mit der von Heinemann 1) auf. Andererseits zeigt sie Ähnlichkeiten mit der Lehre von der Duplizität des Rechtssubjekts 2), die wiederum in Schönfeld einen beredten Verfechter gefunden hat.

Schönfeld versucht, in seiner philosophisch gehaltenen Arbeit "Rechtsperson und Rechtsgeschäft im Lichte des Reichsgerichts" 3) den Nachweis dafür zu erbringen, dass sich Rechtsperson und Rechtssubjekt voneinander trennen lassen 4). Durch diese Meinung lässt sich praktisch jede beliebige Relativität in einer Rechtszuständigkeit begründen. In der Praxis ist diese Lehre nicht verwendbar, und führt letztlich zu Rechtssubjektsfiktionen 5). In Wahrheit muss gerade das Rechtssubjekt innerhalb der Rechtsordnung eine unaufteilbare Grösse darstellen.

Löbl ist neben der Verkenning des Wesens einer Ermächtigung vor allem entgegenzuhalten, dass er mit einer für unser Rechtssystem untragbaren Teilung des Forderungsrechts in eine absolute und eine relative Seite operiert.

Die Löblsche Konstruktion ist unhaltbar und weist nachdrücklich darauf hin, dass sich die Einziehungsberechtigung und damit die Ermächtigung überhaupt ohne materiellrechtlichen Kern nicht erklären lässt.

Gegen die Bedeutung der dem Ermächtigten im Verhältnis zu einem Dritten eingeräumten Gewalt wird man auch nicht einwenden können, dass es sich hierbei nicht um eine eigene, aus der Ermächtigung unmittelbar fließende, sondern nur um eine mittelbare, kraft Weitergabe der Befugnis des Vollrechtinhabers erlangte, handelt. Die der Ermächtigung innewohnende doppelte Wirkungsweise, schwächer gegen den Ermächtigenden, stärker gegen einen Dritten, kann nicht aufgespalten und - nach Primär- und Sekundärwirkung geordnet - einer Verneinung ihres materiellrechtlichen Gehaltes dienstbar gemacht werden.

Dem Verfügungsbefugten ist eine wirkliche Rechtsmacht mit eigener Rechtszuständigkeit eingeräumt. Diese Rechtsmacht spaltet sich in zwei Richtungen:

1) Vgl. oben Anm. 3, S. 13.

2) Vgl. Lehmann, a. a. O., S. 354 ff.; dagegen Siebert, a. a. O., S. 334 ff..

3) In: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe zum 50-jährigen Bestehen des RG, II. Band, 2/1929.

4) Vgl. Schönfeld, a. a. O., insbesondere S. 224 ff.

5) So Rhode, a. a. O., S. 51.

Nicht nur der Vollrechtsinhaber selbst ist dem Verfügungsbefugten gewaltunterworfen, sondern auch ein Dritter kann es, wie oben gezeigt, sein.

Mit diesen Ergebnissen ist die Ermächtigung als subjektives Recht qualifiziert und es bleibt nun noch zu klären, ob es sich um ein absolutes oder ein relatives Recht handelt.

bb) Die Ermächtigung als relatives Recht

Die meisten Autoren nehmen hinsichtlich der Ermächtigung ein relatives Recht an, Raape meint, dass es sich um eine Unterart der Gestaltungsrechte handle 1). So naheliegend diese Auffassung auch sein mag, fehlt ihr doch meistens eine ausreichende Begründung. Der Schluss, dass es sich um ein relatives Recht handeln müsse, da die Ermächtigung in den Ausschliesslichkeit beanspruchenden Katalog des 3. Buches BGB nicht aufgenommen sei, ist nicht mehr überzeugend, nachdem Schultze und Siebert darauf hingewiesen haben, dass keine Bedenken bestehen, derartige vom Gesetzgeber geschaffenen und damit nicht der reinen Willkür unterliegenden Rechte auch ausserhalb des genannten Buches zu suchen 2).

Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Ermächtigung um ein dingliches Recht handeln könnte, lassen sich in der Tat in den verschiedenen, zu dieser Frage vorgetragenen Ansichten finden.

Insbesondere legt die von Krückmann vertretene Anschauung den Schluss nahe, dass hier ein dingliches Recht anzunehmen ist 3). Denn nach dieser Meinung findet eine Beteiligung an der Substanz des Mutterrechts selbst statt. Eine selbstständige Verfügungsbefugnis, die sich rechtlich auch ausserhalb des dinglichen Rahmens begründen liesse, ist gerade nicht vorhanden. Zugestandenermassen ist zwar durch diese Konstruktion die Ermächtigung logisch zu rechtfertigen. Dann muss man daraus aber auch die naheliegende Konsequenz ziehen, dass der Ermächtigte als am Mutterrecht selbst qualitativ Beteiligter eine dingliche Rechtsstellung besitzt.

Dagegen lässt sich aus den Untersuchungen von Raape in seinem Aufsatz "Zustimmung und Verfügung" 4), die seine These stützen sollen, das die Erteilung einer Ermächtigung selbst schon eine Verfügung sei, kein Schluss darauf ziehen, dass auch die Ermächtigung ein absolutes Recht sei. Ob die von Raape vertretene Ansicht richtig ist, braucht hier nicht näher untersucht zu werden 5). Auch wenn

1) Vgl. Raape, a. a. O., S. 276.

2) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 239, 240, 246 ff., sowie Schultze, a. a. O., S. 25, 26.

3) Vgl. oben S. 27 ff.

4) In ACP 121, S. 257 ff.

5) Raape, der sich weitgehend an Krückmann anlehnt, meint, dass auch für den Ermächtigten, der durch die Verfügungsbefugnis unmittelbar vom Inhalt des dinglichen Rechts mitgeteilt bekommt, eine Beziehung zum Gegenstand selbst entsteht. Damit ändere sich die unmittelbare Rechtslage an dem betreffenden

man Raape folgt, kann das Recht des Ermächtigten selbst als relativ qualifiziert werden, so wie es auch von dem genannten Autor getan wird. Die Vornahme eines dinglichen Rechtsgeschäftes bestimmt sich allein durch die Veränderung der Rechtslage zu Lasten des bisherigen Rechtsträgers als Verfügung, enthält aber keinerlei Aussage über den Charakter des dadurch gegebenenfalls einem anderen zufallenden Rechts.

Auch Siebert bewegt sich bei seiner Deutung der Ermächtigung 1) in unmittelbarer Nähe des Sachenrechts, weiss aber die Grenzen, selbst wenn er von einem quasi-dinglichen Recht des Ermächtigten spricht, deutlich genug zu wahren. Man wird ihm auch nicht widersprechen können, wenn er aus dogmatischen Gründen eine Zuordnung der Ermächtigung zu den dinglichen Rechten grundsätzlich für nicht ausgeschlossen hält 2). Darüber hinaus wird gerade bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, wie sie Siebert eigen ist, die Blickrichtung der Ermächtigung zum Gegenstand selbst hin deutlich erkennbar. Hier auf eben beruht die Anwendbarkeit der Ermächtigung für Treuhandkonstruktionen, für die allein eine obligatorische Berechtigung des Treuhänders am Treugut ungenügend zu sein scheint 3).

Die Abgrenzung von den typisch dinglichen Sachenrechten bewirkt Siebert dadurch, dass er die Fälle der konstitutiven Sukzession nach Krückmann als qualitative Teilung mit Substanzübertragung, die Ermächtigung dagegen mit Hirsch und Ludewig durch Überlassung der Rechtsausübung erklärt. Im Ergebnis spricht Siebert von einem "relativen Eigenrecht" des Ermächtigten "über" ein Fremdrecht 4).

Im Gegensatz zur Vertretung ist die auf einen Gegenstand gerichtete Tendenz der Ermächtigung offenkundig und damit die Folgerung, dass es sich hier um ein dingliches Recht handelt, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Trotzdem wird man der Ansicht, die für die Ermächtigung ein relatives Recht an-

Fortsetzung der Anmerkung 5), Seite 37:

Gegenstand, und die dazu vorgenommene Rechtshandlung seine eine Verfügung. Zur Beweisführung vgl. Raape, a. a. O., u. a. S. 274/275.

Raape kann für sich in Anspruch nehmen, den Unterschied zwischen Ermächtigung und Vertretung besonders deutlich herausgearbeitet zu haben; überhaupt werden die Nachfolger der von Krückmann aufgestellten Lehre weitgehend gegen eine Vermischung dieser beiden Institute gefeilt sein.

1) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 242 ff.

2) Vgl. oben Anm. 2, S. 37.

3) So u. a. Cohn, a. a. O., S. 10; Siebert, a. a. O., S. 209, 312 (gegen Rhode). Vgl. unten Anm. 1, S. 46.

4) Vgl. Siebert, a. a. O., u. a. auf den Seiten 301 f, 253, 254 sowie auf den Seiten 262 ff.

nimmt 1), aus folgenden Gründen beipflichten müssen:

Rechtsbeziehungen sind nur zwischen Rechtssubjekten möglich, und somit muss dem Machträger auf der einen Seite des Rechtsbeziehungsstranges ein anderes Rechtssubjekt als Gewaltunterwerfener, als passiver Beziehungsträger, gegenüberstehen. Richtet sich die Rechtsgewalt des Aktivbeteiligten nur gegen einen oder in einem bestimmt begrenzten Umfang gegen mehrere Personen, dann spricht man von einem relativen Recht; richtet sich dagegen der - latente Unterlassungs-Anspruch gegen alle schlechthin, dann liegt ein absolutes Recht vor.

Dieses Vorstellungsbild erfährt allerdings eine Trübung durch die sogenannten dinglichen Rechte. In diesem Falle sollen unmittelbare Beziehungen zwischen Subjekt und Objekt bestehen 2). Soviel gegen diese Betrachtungsweise auch einzuwenden ist, muss doch zugegeben werden, dass sie zur Verdeutlichung beiträgt. Abgesehen davon empfiehlt es sich ohnehin nicht, hergebrachte Vorstellungen, die ihren Zweck erfüllen, ohne ersichtlichen Grund zu bekämpfen. Weder dem Begriff des Absoluten noch dem des Dinglichen wird dadurch Gewalt angetan, dass man von einem sich selbst tragenden und unmittelbaren Verhältnis zwischen Subjekt und Objekt spricht. Es handelt sich dann um eine vom Gesetzgeber geschützte und legitimierte Sachherrschaft.

Auch wenn man seinen Vorstellungen dieses Bild zugrunde legt, darf darüber nicht vergessen werden, dass ein wesentliches Merkmal auch dieses Rechts die latent vorhandene, gegen alle Rechtsgenossen gerichtete Rechtsgewalt ist.

Beide - sowohl das dingliche wie das absolute Moment - lassen sich bei der Ermächtigung in notwendiger Stärke und Unmittelbarkeit nicht nachweisen.

Der Rechtsgewalt des Ermächtigten sind bestenfalls zwei Adressaten unterworfen: auf der einen Seite der Vollrechtsinhaber, der die Rechtshandlung des Verfügungsbefugten gegen sich gelten lassen muss, andererseits derjenige, an den sich die Verfügung wendet. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass an der einen oder der anderen Seite mehrere Personen qualitativ gleichartig beteiligt sein können. Eine an alle gerichtete Rechtsgewalt, wie sie dem Eigentümer und anderen absoluten Rechtsträgern zusteht, ist dem Ermächtigten keineswegs eingeräumt 3).

Übrigens stehen die beiden Gewaltrichtungen nicht gleichstark nebeneinander 4). Vielmehr ist die Macht gegen den Dritten bedingt durch die Gewalt gegen

1) So die wohl überwiegende Meinung.

2) Vgl. u. a. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 1. Halbband, S. 427. Im Grunde anerkennt allerdings auch dieses Werk, dass Rechtsbeziehungen nur zwischen Personen möglich sind; vgl. S. 433, 450 ff..

3) Anderer Ansicht offenbar v. Spreckelsen, a. a. O., S. 13. Anders verhält es sich wohl bei den echten dinglichen Verwaltungsrechten, vgl. v. Spreckelsen, a. a. O., S. 99, sowie unten S. 70 ff. v. Spreckelsen sieht übrigens in den Zwangsverwaltungsrechten, wie Konkursverwaltung etc., nur eine Ermächtigung.

4) Nach Ludewig, a. a. O., S. 3, 4 richtet sich die eigentliche Macht vor allem gegen den Dritten.

den Ermächtigenden und bleibt davon abhängig, so dass man schon aus diesem Grunde schwerlich von einer absoluten d. h. sich selbst tragenden und unabhängigen Rechtsstellung des Verfügungsberechtigten sprechen kann.

Ebensowenig liegt eine unmittelbare Beziehung zwischen Ermäßigtem und dem seiner Verfügungsgewalt unterworfenen Gegenstand vor. Die Macht des Ausübungsberechtigten reicht nur bis zur Ausübungsbefugnis des Vollrechtsinhabers, diese ist für ihn Rechtsobjekt, und nur über sie tritt er in mittelbare Beziehung zum Gegenstand selbst. Die Situation ist also eine ähnliche wie bei den - man könnte sagen - relativ "dinglichen" Rechten, z. B. bei der Miete. Der Erwerbende leitet sein Recht nach wie vor unmittelbar vom Vollrechtsinhaber ab, wenn auch durch eine Handlung des Verfügungsbefugten. Ein Zwischenerwerb des Ermäßigten in irgendeiner Form findet nicht statt.

Dagegen sind die Merkmale eines relativen Rechtes bei der Ermächtigung gegeben. Dem Ermäßigten ist von der Rechtsordnung zur konkreten Ausübungsbefugnis eine abstrakte Macht im Sinne von rechtlichem Können und Vermögen eingeräumt. Er hat sie als Eigenrecht. Seiner Macht ist sowohl der Ermächtigende, der die Fremdverfügung gegen sich gelten lassen muss, als auch der Adressat der Verfügung, wie insbesondere bei der Forderungseinziehungsermächtigung deutlich wird, gewaltunterworfen. Hier zeigt sich die für die Ermächtigung so charakteristische Doppelwirkung wiederum in zweifacher Weise: ebenso wie die Richtung der dem Ermäßigten zustehenden Eigenmacht hinsichtlich der passiven Rechtsbezogenheit gespalten ist, übt der Ermäßigte neben seinem eigenen gleichzeitig das Recht des Vollberechtigten aus. Da indessen die Eigengewalt des Verfügungsbefugten auf nur zwei Richtungen beschränkt ist, und darüber hinaus keine Macht gegenüber allen Rechtsgenossen enthält, kommt lediglich ein relatives Recht in Frage. Objekt des Rechts des Ermäßigten ist nicht der Gegenstand unmittelbar, sondern das Recht des Vollrechtsinhabers, also die, wenn man so will, zwischen diesen bestehende Beziehung. Nur diese, solange und soweit sie besteht, ist unmittelbarer Anknüpfungspunkt der durch die Ermächtigung erlangten Gewalt. die - insoweit ist Raape nicht zu widersprechen - im wesentlichen auf eine Rechtsgestaltung abzielt. Durch diese dauernde Abhängigkeit sowie dadurch, dass nur die Ausübungsbefugnis Gegenstand des Ermäßigtenrechtes ist, kommt gleichfalls die Relativität, die Abhängigkeit zum Ausdruck.

Man wird also nicht fehlgehen, wenn man hier von einem Recht über ein anderes Recht 1) oder von einem relativen Recht zum Recht spricht. Damit ist die Ermächtigung mindestens annäherungsweise richtig charakterisiert.

Fasst man nun die Ergebnisse der Untersuchungen noch einmal zusammen,

-
- 1) So im Ergebnis Siebert, Hirsch, v. Spreckelsen, Ludewig, Raape. - Es soll nicht verkannt werden, dass diese Auffassung die Ermächtigung in unmittelbare Nähe des gemeinrechtlichen "ius ad rem" rückt. Indessen wird sich eine andere, annähernd richtige Deutung dieses Instituts nicht finden lassen.

dann findet man die eingangs geäußerte Vermutung, dass es sich bei der Frage des Auftretens im eigenen oder im fremden Namen nicht um eine völlig unerhebliche Äusserlichkeit im Grunde ein und derselben rechtlichen Institution, sondern um etwas strukturell Verschiedenes handelt, bestätigt. Auch wenn beide Rechtsbildungen auf ähnlichen Grundlagen beruhen und viele Gleichartigkeiten 1), z. B. die der Heilung, besitzen, sind sie sorgfältig voneinander zu unterscheiden. Die Ermächtigung berechtigt nicht zum Auftreten unter fremdem Namen, wie umgekehrt die Vertretung nicht ohne weiteres zum Auftreten unter eigenem. Das Auftreten des Ermächtigten mit eigenem Namen folgt aus einer materiellen Eigenrechtsstellung.

Aus dieser rechtsdogmatischen Eigenbegründetheit des Instituts der Ermächtigung folgt für unsere Textstelle, dass unbedenklich die Verfügungsgewalt der KAG auf dieser Basis konstruiert werden kann.

§ 8 Abs. I weist alle Charakteristika einer Ermächtigung auf. Hier ist bestimmt, dass die KAG zur Verfügung über die zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände berechtigt ist. Damit ist zu ihren Gunsten die Ausübungsüberlassung durch Vervielfältigung vollzogen. Andererseits ist den Anteilinhabern eine Ausübungsschranke durch § 17 Abs. III, Satz 3 auferlegt 2). Die KAG erlangt somit eine ihrer wirtschaftlichen Bedeutung entsprechende selbständige Rechtsstellung; sie besitzt ein relatives Eigenrecht zur Verfügung, die Macht, in Eigenbezogenheit Rechtsänderungen mit unmittelbarer Wirkung an den Sondervermögensgegenständen vorzunehmen. Dass sie dabei im eigenen Namen auftritt, ist zwar ein äusserliches Erkennungsmerkmal der Ermächtigung, ergibt sich an sich aber schon ohne weiteres aus der Verfügungsüberlassung.

Die Verfügungsbefugnis der KAG beginnt mit der Einzahlung des zum Erwerb

-
- 1) Die Gleichartigkeiten zwischen Ermächtigung und Vertretung finden fast überall Erwähnung, so dass es sich hier erübrigte, darauf näher einzugehen; vgl. dazu Staudinger, a. a. O., Anm. 63 ff. vor § 164, Ludewig, a. a. O., S. 68 ff. Eine Mängelheilung vollzieht sich allerdings bei der Vertretung nach den §§ 177 BGB, bei der Ermächtigung dagegen nach § 185 in Verbindung mit § 182 BGB. Die - im wesentlichen allerdings dogmatischen Verschiedenheiten, insbesondere hinsichtlich der Rechtsstellung, werden demgegenüber meist übersehen. Uns kam es hier darauf an, gerade diese unterschiedliche Rechtsstellung herauszuarbeiten, um daraus grundsätzliche Erkenntnisse für die Position der KAG zu gewinnen.
 - 2) Die These, dass es sich auch hier rechtsdogmatisch um eine Vervielfältigung handelt, wird keineswegs dadurch infragegestellt, dass den Anteilinhabern als Eigentümern die ihnen durch die Ermächtigung des § 8 Abs. I KAGG zunächst ungeschmälert verbliebene Verfügungsmacht dann durch § 17 Abs. III KAGG beschnitten wird. Es handelt sich hierbei vielmehr um einen von der Befugnis der KAG völlig losgelösten Akt des Gesetzgebers, der gerade dadurch notwendig wurde, dass von Natur aus beide Verf. Gewalten nebeneinander bestehen.

eines Anteilscheines aufzubringenden Betrages auf die Sonderkonten der KAG und endet in den vom Gesetz vorgesehen Fällen 1).

Die zur Ausübung der Verfügungsgewalt und der mit den Wertpapieren verbundenen Nebenberechtigungen erforderliche Einwilligung wird nicht von den Anteilhabern als Eigentümern, sondern unmittelbar durch das Gesetz erteilt 2). Eine ausserdem in den Vertragsvereinbarungen erteilte Ermächtigung, wie sie in den Vertragsbedingungen aller zur Zeit arbeitenden KAG's zu finden ist 3), hat daneben nur deklaratorische Bedeutung. Nach Inkrafttreten des KAGG bedurfte es einer solchen Abmachung nicht mehr.

Das bedeutet auf der anderen Seite, dass die Verfügungsgewalt der KAG der Parteiwillkür nicht dem Grundsatz nach, sondern höchstens hinsichtlich des Umfangs unterliegt 4). Die Zustimmung wird vom Gesetzgeber zu Verfügungen "nach Massgabe des Gesetzes und der Vertragsbedingungen" erteilt, sie ist danach also umfangsmässig von vornherein beschränkt. Nur hinsichtlich des Umfangs, nicht aber des Grundsatzes selbst, nach dem die KAG die Sondervermögensverwaltung nach aussen als Ermächtigter ausübt, ist es den Parteien vom Gesetzgeber überlassen, einzelne Modalitäten selbst auszumachen.

II. DER UMFANG DER VERFÜGUNGSBEFUGNIS

In § 8 Abs. I wird die Ermächtigung umfangmässig "nach Massgabe des Gesetzes und der Vertragsbedingungen" erteilt. Nur in diesem Bereich ist die KAG verfügungsbefugt, eine Überschreitung macht das Geschäft praktisch unheilbar nichtig.

Bemerkenswert ist hierbei, dass der Gesetzgeber, nachdem er die Verfügungsberechtigung kraft Gesetzes ausgesprochen hat, es nunmehr - jedenfalls *expressis verbis* - den Vertragsparteien und damit praktisch der KAG überlässt, inwieweit diese Macht begrenzt werden soll. Er verweist in dieser Frage also zurück auf vertragliche Vereinbarungen.

1) § 12, im Einzelfall auch § 10, Abs. II KAGG.

2) So auch Dürre-Full, a. a. O., zu § 8.

3) Vgl. u. a.: in den Vertragsbedingungen der Allgemeinen Deutschen Investment GmbH (Fondis, Adifonds, Fondra, Fondak, sowie Agefra) jeweils in § 3; Deutsche Investment Trust - Gesellschaft für Wertpapieranlagen mbH (Concentra, Industria, Transatlanta, Thesaurus) jeweils in § 5 Ziff. 2; Deutsche Gesellschaft für Wertpapiersparen; u. a. Investa § 6.

4) Vgl. dazu unten S. 43 ff.

1. ALLGEMEINES ÜBER DIE ZULASSIGKEIT EINER SOWOHL GESETZLICH ALS AUCH WILLKÜRLICH BESCHRÄNKT erteilten Ermächtigung

Das Wesen der auf Zustimmung beruhenden Ermächtigung bringt es mit sich, dass die Verfügungsbefugnis von vornherein beliebig beschränkt erteilt werden kann. Im Gegensatz zu der auf einem unmittelbaren Recht am Gegenstand selbst beruhenden Verfügungsgewalt ermöglicht die Vervielfältigung der Ausübungsbefugnis im Wege der Einwilligung trotz seiner gegenstandsbezogenen Orientierung eine willkürliche Begrenzung, ohne dass dadurch sachenrechtliche Grundsätze verletzt würden. Aus dieser wesentlichen Konsequenz, die aus dem Charakter der Ermächtigung als Ausübungüberlassung folgt, ergeben sich geeignete Anwendungsmöglichkeiten insbesondere in den Fällen, in denen einem anderen die Verwaltung eines Vermögens in fremdem Interesse überlassen werden soll 1). Dadurch ist der Berechtigte nicht genötigt, dem Treuhänder ein Mehr an Rechtsgewalt zu überlassen, als unbedingt notwendig. Während bei einer zum Zwecke der Vermögensverwaltung erfolgten Vollrechtsübertragung der Inhalt der damit verbundenen Befugnisse unmittelbar aus den einschlägigen sachenrechtlichen Vorschriften sich ergibt und wegen der Bestimmung des § 137 BGB nicht mit Außenwirkung beschränkt werden kann, besteht bei der Ermächtigung die Möglichkeit, die Ausübungüberlassung und damit die Herrschaftsgewalt des Ermächtigten von vornherein auf den Zweck abzustimmen. Dadurch kommt ein bewegliches Element in unser sonst so starres System der Herrschaftsausübung über Vermögensgegenstände, und es lassen sich ähnliche Ergebnisse, wie sie in der anglo-amerikanischen Rechtsordnung möglich sind, erzielen 2).

Die Bestimmung des § 137 BGB will verhindern, dass sich die der zugrunde liegenden abstrakten Rechtsmacht kongruente konkrete Ausübungsbefugnis willkürlich verändern lässt und sich dadurch von ihr in unübersichtlicher Weise trennt. Der sich an einer unmittelbaren dinglichen Berechtigung an einem Vermögensgegenstand ergebende konkrete Rechtausübungsbereich darf nur durch eine gesetzliche Ausübungsschranke begrenzt werden. Nur diese Befugnis zur Verfügung über ein verausserliches Recht ist in § 137 BGB angesprochen 3). Wird also zu Verwaltungszwecken ein dingliches Vollrecht übertragen, dann muss die Gefahr in Kauf genommen werden, dass sich der Treuhänder ohne Beachtung der obligatorischen Innenabreden nach aussen mit dinglicher Wirkung treuwidrig verhält.

Im Falle der von vornherein beschränkt erteilten Ermächtigung ist indessen § 137 BGB nicht einschlägig 4). Bei dem relativen Recht "Ermächtigung" ist ein un-

1) Vgl. neben den bereits erwähnten Autoren insbesondere Siebert und Schultze, auch Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 922.

2) Vgl. oben Anm. 1, S. 22 sowie Staudinger, a. a. O., Bern. 60 o vor § 104.

3) Vgl. dazu u. a. Staudinger, a. a. O., zu § 137.

4) Vgl. Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 59, Heymann, a. a. O., S. 518; Ludewig, a. a. O., S. 42, 43, Siebert, a. a. O., S. 217 - 219, S. 295.

abänderlicher und ausschliesslicher Rechtsmachtbereich nicht festgelegt. Die abstrakte Rechtsmacht richtet sich hier vielmehr variabel nach der konkreten Ausübungsüberlassung. Mithin ist ein Auseinanderfallen von konkreter und abstrakter Rechtsmacht nicht zu befürchten. Wird also die Ausübungsüberlassung zweckgezielt beschränkt, dann reicht auch die abstrakte Rechtsmacht des Ermächtigten nicht weiter. Einer besonderen Ausübungsschranke bedarf es also in diesem Falle nicht mehr, abstrakte und konkrete Macht decken sich ohne weiteres.

Die sich daraus ergebenden Gefahren für die allgemeine Rechtssicherheit lassen sich nach den allgemeinen Regeln über den Gutglaubenschutz bekämpfen 1).

2. DIE BESCHRÄNKT ERTEILTE ERMÄCHTIGUNG ALS ZWECKENTSPRECHENDE RECHTLICHE AUSGESTALTUNG EINER TREUHÄNDERISCHEN VERMÖGENSVERWALTUNG

Vor einer Betrachtung der einzelnen, den Umfang der Ermächtigung abgrenzenden Vorschriften, auf die der Passus "nach Massgabe dieses Gesetzes und der Vertragsbedingungen" verweist, empfiehlt es sich, zunächst noch einmal Sinn und wirtschaftlichen Zweck der Fondverwaltung durch die KAG zu vergegenwärtigen. Von hier aus nämlich wird deutlich, inwieweit einerseits die Verfügungsbefugnis der KAG zwar notwendig erteilt, andererseits aber zur Sicherung der Interessen der Anteilinhaber beschränkt werden musste. Der oben zitierte Passus unseres Gesetzestextes weist prinzipiell darauf hin, dass sich die KAG der ihr eingeräumten Rechtsmacht nicht ungebunden berühren darf und kann. Ihre Befugnisse dienen vielmehr dazu, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen. Damit wird im groben bereits erkennbar, nach welchen Axiomen der Gesetzgeber die Ermächtigung, als Rechtsinstitut seiner Natur nach flexibel und formbar, auszugestalten hatte. Ein ständiger Blick auf die wirtschaftlichen Zusammenhänge, die in dem vorliegenden Gesetz in rechtliche Formen gebracht wurden, ist unerlässliche Voraussetzung zum Verständnis und Auslegen der einzelnen Vorschriften.

Das Verhältnis zwischen Anlagegesellschaft und Anteilinhabern ist bestimmt durch die Übergabe von Vermögenswerten an die KAG, mit der Massgabe, dieselben im Interesse der Anteilinhaber bestmöglich zu verwalten. Mit der Überlassung der Vermögensgegenstände ist ein Rechtsverhältnis verbunden, das, zunächst auf schuldrechtlicher Basis, die KAG verpflichtet, den Interessen der Anteilseigner dienlich zu sein und zu diesem Zweck einzeln genannte Handlungen zu tun oder zu unterlassen. Obgleich eine Verletzung dieser Abmachungen und der gesetzlichen

1) Dazu, dass die deutschrechtliche Treuhand auf der Grundlage einer Ermächtigung erst durch den Gedanken des deutschrechtlichen Gutglaubenschutzes ermöglicht wurde, vgl. Schultze, a. a. O., S. 13 ff., insbesondere S. 18.

Bestimmungen die KAG regresspflichtig macht, sind die Anteilinhaber doch weitgehend auf den guten Willen der ihnen verbundenen Anlagegesellschaft angewiesen, schon allein deswegen, weil eine Vorsorge und Nachprüfbarkeit aller anfallenden Geschäfte nicht möglich ist. Eine besondere Gefahrenquelle für die Anteilinhaber liegt aber darin, dass die KAG auf Grund der ihr ein quasi-herrschaftliches Eigenrecht verleihenden Ermächtigung bei Verfügungen gegenüber aussenstehenden Dritten selbstherrlich die dingliche Rechtslage an den ihr anvertrauten Gegenständen gestalten kann. Hieran ist sie durch die lediglich inter partes wirkenden Innenabmachungen nicht gehindert. Es besteht also kein Zweifel daran, dass wir es hier mit der Problematik zu tun haben, die für Treuhandverhältnisse charakteristisch ist 1).

Hat die Ermächtigung in unserer Rechtsordnung nur eine sehr spärliche Regelung gefunden, so die Treuhand gar keine. Zwar wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, dass jede Ermächtigung treuhänderisch sei und infolgedessen wenigstens Treuhandverhältnisse in ihrer deutschrechtlichen Gestalt mit der Ermächtigung ihre Regelung incidenter gefunden hätten 2). Demgegenüber wird man allerdings der Meinung sein müssen, dass zwar die Begründung eines Treuhandverhältnisses auf der Basis der Ermächtigung möglich 3), nicht aber, dass jede Ermächtigung automatisch treuhänderisch ist 4).

Die Kategorie der Treuhandverhältnisse ist tunlichst überhaupt nicht a priori an bestimmte Rechtsinstitute zu binden. Charakteristisch für sie ist vielmehr das rein wirtschaftliche Element der gleichen Interessenlage. Im Falle der Verwaltungstreuhand leitet die Fragestellung also: Wie kann ich einem anderen mein Vermögen in der Absicht zu Eigenrecht überlassen, dass er in seinem Namen meine Vermögensinteressen wahrnimmt, ohne dass ich dabei Gefahr laufe, Verluste zu erleiden? Zur rechtlichen Ausgestaltung der Beziehungen stehen nur die klassischen Rechtsinstitute zur Verfügung. Das bedeutet zwar einerseits, dass die zwischen Treugeber und Treuneher notwendigen persönlichen Vereinbarungen willkürlich mit allen Sicherungen für beide Parteien ausgestaltet werden können; die Übertragung des Treuguts zu eigenrechtlicher Herrschaftsausübung durch den Treuhänder kann dagegen grundsätzlich nur nach den formstrengen sachenrechtlichen Vorschriften

-
- 1) Vgl. dazu u. a. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 919 ff.; Staudinger, a. a. O., Bem. 60 a - v vor § 104; Wolff-Raiser: Sachenrecht, ein Lehrbuch, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957, S. 368 ff.
 - 2) Sowohl im Ergebnis, Schultze, a. a. O., S. 19 ff.; Ludewig, a. a. O., S. 6, 40 ff.; Heinemann: Die Formen der Rechtsausübung, S. 379 ff. Eine Ähnlichkeit nimmt an RGZ 89, S. 131. Vgl. dazu auch die Untersuchungen von Schultze, a. a. O., S. 64 ff. (über die Testamentsvollstreckung).
 - 3) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 232 ff., 294 ff.
 - 4) Es lassen sich durchaus Ermächtigungen vorstellen, die nicht treuhänderisch, d. h. in fremdem Interesse, erteilt werden. So im Ergebnis wohl auch Siebert, a. a. O., S. 238, Anm. 17.

ten vollzogen werden 1). Hierbei ist in erster Linie an die Vollrechts- also Eigentumsübertragung zu denken 2). Da die damit verbundene Rechtsausübungsbefugnis wegen des Verbotes aus § 137 BGB indessen nicht mit Drittwirkung beschränkt werden kann, ergibt sich aus der Divergenz zwischen Treupflicht und Treumacht eine überschüssende Rechtsmacht des Treuhänders mit allen daraus entstehenden Folgen, die sich mit Siebert am besten in die Dreiheit Vertrauensmoment-Gefahrenmoment-Schutzbedürfnis 3) zusammenfassen lassen.

Diese auf Grund unseres starren Sachenrechts entstehende Konstellation ist eigentlich das einzige Moment, weswegen es sich lohnt, die Gruppe der Treuhandverhältnisse als Einheit näher zu untersuchen. Um in besonderen Härtefällen hier Abhilfe zu schaffen und der materiellen Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen, hat die Rechtsprechung insbesondere im Falle des Konkurses und der Zwangsvollstreckung Mittel und Wege zur Befriedigung des Treugebers gefunden 4).

Darüber hinaus hat die Rechtslehre mit Erfolg nach Möglichkeiten gesucht, den Treugeber schon von vornherein durch Verwendung anderer klassischer Mittel bei der Begründung eines Treuhandverhältnisses vor Verlusten zu bewahren. Im Hinblick auf unsere Gesetzesstelle kommt hierbei insbesondere dem verdienstvollen Werk von Siebert, "Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis", Bedeutung zu 5). Für den Fall, dass eine Verwaltungstreuhand beabsichtigt ist, weist Siebert darauf hin, dass hier eine Vollrechtsübertragung überhaupt nicht notwendig ist, sondern dass sich die gewünschten Ergebnisse durchaus mit einer Ermächtigung des Treuhänders unter Verbleib des Eigentums beim Treugeber herbeiführen lassen. Die Ermächtigung bietet den Vorteil, dass sie sich beliebig manipulier-

-
- 1) Ohne quasi herrschaftliche Eigenrechtsstellung keine Treuhand. Vgl. Schultze, a. a. O., S. 1, Siebert, a. a. O., u. a. S. 20, 102. - Eine Vertretung ist zur Begründung eines Treuhandverhältnisses ungeeignet. Vgl. Siebert, a. a. O., S. 209, 312 (gegen Rhode); auch die indirekte Stellvertretung scheidet aus, vgl. Siebert, a. a. O., S. 108 ff., 145, 227. - "Treuhand ist derjenige, der zur Ausübung eines Vermögensrechts in fremden Interesse bestellt und dazu mit eigener Rechtszuständigkeit an diesem Rechte ausgestattet ist." (Siebert, a. a. O., S. 22). Ein Treuhandverhältnis setzt immer ein gültiges Kausalverhältnis voraus. Vgl. Siebert, a. a. O., S. 210. - Völlig eigene Wege geht Schless, der eine "Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung" annimmt; vgl. Schless, a. a. O., S. 42, 89; dagegen mit Recht Siebert, a. a. O., S. 210, 227.
 - 2) Zur römisch-rechtlichen fiduzia vgl. u. a. Staudinger, a. a. O., Anm. 60 a vor § 104; Schultze, a. a. O., S. 6 ff.; Siebert, a. a. O., S. 208.
 - 3) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 18.
 - 4) Vgl. dazu Staudinger, a. a. O., Anm. 60 k vor § 104, Palandt vor § 929 Anm. 7 c.
 - 5) Vgl. oben Anm. 3, S. 45.

ren lässt, ohne dass § 137 BGB hinderlich würde. Auf diese Weise lässt sich also eine weitgehende Deckung zwischen Treupflicht und Treumacht erwirken. Eine die Verfügungsmacht des Trenehmers überschreitende Verfügung bleibt, vorbehaltlich der allgemeinen Heilungsmöglichkeiten und des Gutglaubensschutzes, ohne Rechtsfolgen. Das Gefahrenmoment lässt sich auf diese Weise weitgehend ausschalten.

Von dieser Möglichkeit einer Treuhandlösung auf der Basis der Ermächtigung hat der Gesetzgeber des KAGG Gebrauch gemacht. Damit wurde unser Kapitalanlagewesen mit unseren Rechtsmitteln weitgehend nach dem anglo-amerikanischen Vorbild gebrauchsfähig. Zwar lässt das Gesetz daneben auch eine fiduziarische Treuhandlösung zu - eine Vollrechtsübertragung auf die KAG zu treuen Händen 1) -, indessen muss man sagen, dass eine zum Zwecke der Verwaltungstreuhand ausgesprochene Ermächtigung rechtlich wesentlich eleganter uns unserem Rechtssystem entsprechender ist als eine Eigentumsübertragung auf die KAG, verbunden mit zahlreichen unnatürlichen gesetzlichen Ausübungsschranken.

Nachdem der Gesetzgeber durch zahlreiche Einzelschriften Vorsorge für die Interessen der Anteilinhaber, insbesondere im Falle des Konkurses der KAG 2), aber auch hinsichtlich der dinglichen Surrogation, die bei den Treuhandverhältnissen meistens nicht wenige Schwierigkeiten bereitet 3), getroffen hat, ist das Problem der überschüssenden Rechtsmacht weitgehend gelöst. Sind aber auf diese Weise die den Treuhandverhältnissen meistens anhaftenden Gefahren bereits aus dem Wege geräumt, dann lassen sich aus der Zuordnung der Beziehungen zwischen Anteilinhabern und KAG zu dem Oberbegriff der Treuhandverhältnisse keine für die Praxis wesentlichen materiellen Ergebnisse mehr ziehen. Es handelt sich dann nur noch um die vergleichsweise unwesentliche Frage einer Etikettierung. Indessen ist für das Gesamtverständnis des KAGG die Erkenntnis der Gedanken, welche der Verfügungsermächtigung zugrunde liegen, nicht ohne Wert.

3. DIE DER KAG AUFERLEGTE VERFÜGUNGSBESCHRÄNKUNGEN

Der Bestimmung unserer Textstelle, wonach die Verfügungsberechtigung nur "nach Massgabe des Gesetzes und der Vertragsbedingungen" ausgeübt werden kann,

- 1) Das KAGG gestattet bekanntlich beide Lösungen. Vgl. § 6 Abs. I. Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 52, meint allerdings, wohl zu Recht, dass ein Fonds innerlich nicht verschieden behandelt werden könnte; a. A. Dürre-Full, a. a. O., Anm. 1 zu § 6.
- 2) Vgl. § 12, Abs. III und IV in Verbindung mit § 13, KAGG, sowie - zur Frage der Haftung - § 9 Abs. II KAGG.
- 3) Siebert untersucht diese Schwierigkeiten immer da, wo er nach "Begründungstatbeständen" fragt. Vgl. u. a. a. a. O., S. 223, 298 ff., sowie Palandt, a. a. O., vor § 929 Bem. 7.

kommt lediglich eine mittelbare Bedeutung zu. Dieser Passus, der aus sich selbst heraus nicht auslegbar ist, verweist vielmehr auf Beschränkungen, die ihrerseits bereits unmittelbar die Verfügungsgewalt eingrenzen. Seine Fassung ist jedoch so weit gehalten, dass er eine doppelte Aussage enthält: einerseits schliesst er alle diejenigen Bestimmungen in den § 8 Abs. I mit ein, welche die Ermächtigung mit absoluter Wirkung beschränken und damit ihren Umfang festlegen 1), andererseits aber enthält er auch einen Hinweis auf Anordnungen, welche die KAG nur persönlich verpflichten, die Verfügungsgewalt nach bestimmten Richtlinien auszuüben.

Es kommt also darauf an, die einzelnen in Frage kommenden Vorschriften darauf zu untersuchen, ob sie nur eine obligatorische Bindung der KAG bewirken oder darüber hinaus den Umfang der Ermächtigung selbst festlegen. Nur in letzterem Falle führt ein Verstoss zur Unwirksamkeit der Verfügung, nur hier handelt es sich um eine Überschreitung der der KAG eingeräumten Herrschaftsgewalt an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen. Zunächst spricht indessen eine Vermutung dafür, dass die zur Vermögensverwaltung berufene KAG generell zur Vornahme aller Verfügungen befugt sein soll.

a) Gesetzliche Bestimmungen über Umfang und Ausübung der Verfügungsmacht

Soweit das KAGG Bestimmungen enthält, welche die Verfügungsbefugnis und damit gleichzeitig den Umfang der Verfügungsmacht einschränken, mit der Folge, dass Zuwiderhandlungen zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts führen, müssen diese gleichermassen sowohl für die Miteigentums- als auch für die Treuhandlösung zur Anwendung kommen. Es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass derartige Normen lediglich für eine dieser beiden Gestaltungen gelten sollen. Insoweit also wirkt die in § 8 Abs. I enthaltene Verweisung nicht nur für die Miteigentums-, sondern ebenso für die Treuhandlösung. Trotzdem kann, jedenfalls soweit hier auf gesetzliche Vorschriften über den Umfang und die Ausübung der Verfügungsgewalt Bezug genommen wird 2), nicht gesagt werden, dass damit eine unmittelbare Bedeutung des § 8 Abs. I KAGG begründet wäre. Die einschlägigen Normen wirken vielmehr unmittelbar aus sich selbst, nicht erst über den verweisenden Passus unserer Textstelle.

aa) Die in § 8 Abs. II und III enthaltenen Verfügungsbeschränkungen

Die einzigen im vorliegenden Gesetz befindlichen Normen, die eine mit Drittwirkung ausgestattete Begrenzung der Verfügungsmacht herbeiführen, sind in

- 1) Dass es sich hierbei nur um gesetzliche Verfügungsbeschränkungen handeln kann, ergibt sich aus den Untersuchungen von S. 91 bis S. 106.
- 2) Unberücksichtigt soll hierbei zunächst noch die Möglichkeit vertraglicher Einschränkungen bleiben.

Abs. II und III des § 8 KAGG enthalten. Wenn also der Gesetzgeber in § 8 Abs. I der KAG die Verfügungsbefugnis nach Massgabe des Gesetzes überlässt, dann hat er die darin noch unklar ausgesprochene Begrenzung in den beiden folgenden Absätzen dieses Paragraphen näher konkretisiert. Insoweit führt § 8 KAGG zur abschliessenden Behandlung ein und desselben Fragenkomplexes.

Der Absatz II des § 8 schränkt die Verfügungsbefugnis der KAG dahingehend ein, dass Verpfändungen, Sicherungsübereignungen und alle sonstigen Belastungen der zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände nicht vorgenommen werden dürfen 1). Im einzelnen bedeutet das, dass sowohl alle diejenigen Verfügungen, die auf die Bestellung einer dinglichen Belastung der betreffenden Vermögenswerte - Wertpapiere und Forderungen - hinzielen, als auch solche Vollrechtsübertragungen, die sich im Hinblick auf ihren wirtschaftlichen Zweck als Sicherungsübereignungen bzw. -abtretungen darstellen 2), unstatthaft sind. Neben der Begründung von Pfandrechten ist damit als einzig weiter in Frage kommende Belastung die Bestellung eines Niessbrauches an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen ausgeschlossen 3).

Während infolge der Verwendung des Verbums "dürfen" im ersten Satz des Abs. II noch Zweifel daran aufkommen könnten, ob hier über eine blosser Verpflichtung der KAG hinaus eine Grenze für die Verfügungsmacht unmittelbar gesetzt ist 4), belehrt der folgende, dass eine Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot für die Anteilinhaber unwirksam ist. Hier wird also nicht eine absolute Unwirksamkeit, sondern doch immerhin eine relative für den Fall eines Verstosses verordnet. Die dadurch aufgeworfene Problematik wird im 2. Abschnitt dieser Arbeit behandelt.

Die Schwierigkeiten, die durch die Anordnung einer relativen Unwirksamkeit im Falle des § 8 Abs. II hervortreten, bestehen hinsichtlich des Aufrechnungsverbotes nach Abs. III nicht. Hier ist eindeutig ausgesprochen, dass eine Aufrechnung mit Forderungen, die zum Sondervermögen gehören, nicht stattfinden kann 5). Das bedeutet, dass der KAG insoweit keinerlei Rechtsmacht eingeräumt ist, die Verfügungsbefugnis findet hier ihre Grenzen. Eine Überschreitung macht die Aufrechnung praktisch unheilbar nichtig 6).

1) Vgl. dazu unten S. 75 ff.

2) Vgl. dazu im einzelnen die einschlägigen Kommentare, u.a. Palandt, a.a.O., vor § 164 Anm. 3 a.E., sowie Anm. 4 zu § 930.

3) Eine besondere Hervorhebung des Verpfändungsverbots in § 8 Abs. II KAGG ist durchaus gerechtfertigt, da andere Belastungen kaum praktisch werden dürfen.

4) Die Verwendung der Verben "können" und "nicht können" in unseren Gesetzen weist regelmässig auf das Vorliegen bzw. die Begrenzung eines dinglichen Herrschaftsrechts hin, das Verbum "nicht dürfen" dagegen auf eine Verpflichtung; vgl. dazu Heinemann in: Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen, S. 500 ff.

5) Vgl. Siara-Tormann, a.a.O., Anm. III zu § 8 KAGG.

6) Die Unheilbarkeit ergibt sich daraus, dass es praktisch unmöglich ist, von jedem einzelnen Anteilinhaber eine nachträgliche Genehmigung, die nach allgemeinen

Die echte gesetzliche Machtbeschränkung des § 8 Abs. III 1) gilt sowohl für die Miteigentums- als auch für die Treuhandlösung. Während sich für den ersten Fall die Möglichkeit derartiger Einschränkungen ohne weiteres aus der Natur der Ermächtigung ergibt, ist sie im Falle der Treuhandlösung rechtsdogmatisch als gem. § 137 BGB statthafte, weil gesetzliche Ausübungsschranke zu deuten.

Bei der gesetzlichen Verfügungsbeschränkung des § 8 Abs. III handelt es sich um zwingendes Recht 2).

Dasselbe muss für die Vorschrift des § 8 Abs. II gelten. Auch wenn die dort verordnete relative Unwirksamkeit bei Zuwiderhandlungen zu einer anderen Rechtsgestaltung führt, muss daran festgehalten werden, dass die Rechtsordnung ein von vornherein vertraglich vereinbartes Abweichen von diesem Verbot nicht dulden kann. Neben dem unmittelbaren Schutz der Anteilinhaber durch diese Vorschriften besteht ein öffentliches Interesse daran, dass nach den in anderen Ländern gemachten Erfahrungen besonders offenkundige Gefahrenquellen ausgeschaltet werden und damit das Kapitalanlagewesen nicht in Misskredit geraten kann. Diese Möglichkeit bestände aber, wenn die vom Gesetzgeber getroffenen und wohlgedachten Schutzmassnahmen grundsätzlich durch willkürliche Vereinbarungen, bei deren Abfassung die KAG tatsächlich beherrschend ist, aus dem Wege geräumt werden könnten.

ab) Sonstige gesetzliche Vorschriften zur Ausübung der Verfügungsgewalt durch die KAG

Alle anderen in unserem Gesetz enthaltenen Bestimmungen, die Anordnungen für die Vermögensverwaltung enthalten, sind der zweiten der obengenannten Gruppen zuzuordnen 3). Sie führen bei Zuwiderhandlungen zwar zu einer Regress-

Fortsetzung der Anmerkung 6), Seite 49:

Grundsätzen auch eine Verfügungsmachtüberschreitung heilen könnte, einzuholen. Auch die Depotbank ist im Rahmen des § 11 Abs. VIII KAGG, zur Abgabe einer derartigen Heilungserklärung nicht befugt; es handelt sich hierbei keineswegs um die Geltendmachung eines Rechts der Anteilinhaber gegen die KAG im Sinne des § 11 Abs. VIII, Ziff. 1. - Über die Frage, ob die Anteilinhaber trotz der ihnen auferlegten Ausübungsschranke in § 17 Abs. III letzter Satz rechtlich überhaupt in der Lage wären, eine derartige Heilung vorzunehmen, vgl. unten S. 68 f.

-
- 1) Bei Abs. II handelt es sich um keine echte Machtbeschränkung! Vgl. unten S. 82 f.
 - 2) Im Falle der Miteigentumlösung ist die Nichtaufrechenbarkeit von Forderungen an sich schon eine Selbstverständlichkeit; vgl. Siara-Tormann, a. a. O., Anm. III zu § 8.
 - 3) Vgl. oben S. 47.

pflicht der KAG, machen aber deren Verfügungen nicht unwirksam. Sie begrenzen mithin auch nicht die Verfügungsmacht der KAG, die gerade darin besteht, nach aussen mit bindender Wirkung Rechtsänderungen an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen vornehmen zu können.

Ein solches obligatorisches Gebot zur Verwaltung des Sondervermögens lässt sich aus § 7 entnehmen. Hier wird die KAG angewiesen, bestimmte Wertpapiererwerbungen vor- bzw. nicht vorzunehmen. Das bedeutet auf der anderen Seite, dass die KAG auch die den Anteilinhabern gehörenden Gelder zu solchen Erwerbungen nicht ausgeben darf. Ebenso aber, wie ein Verstoss gegen dieses Erwerbsverbot nach Abs. VII § 7 das Rechtsgeschäft nicht unwirksam macht 1), können auch die zu diesem Zweck erfolgten Geldübereignungen nicht unwirksam sein.

Im ubrigen enthält § 7 Abs. V noch das schuldrechtliche Gebot, bestimmte Wertpapiere unter bestimmten Umständen abzustossen - ein reines Verwaltungsgebot, welches die KAG anweist, von ihrer Verfügungsmacht in einem bestimmten Sinne Gebrauch zu machen, aber in keinerlei Beziehung zur Verfügungsgewalt an sich steht.

Auch § 10 Abs. II enthält ein Gebot zur Vornahme einer Verfügung unter bestimmten Umständen. Selbst wenn das Sondervermögen im Miteigentum der Anteilinhaber steht, wird man bei der Auszahlung eines der Beteiligten von einer Verfügung sprechen müssen. Denn es stellt eine Veränderung der dinglichen Rechtslage an dem zur Auszahlung kommenden Betrag dar, wenn dieser aus dem Miteigentum aller Anteilinhaber in das Alleineigentum eines der Beteiligten übergeht.

Dagegen enthält die Bestimmung des § 11 Abs. I, wonach die KAG verpflichtet ist, das Sondervermögen bei der Depotbank in Verwahrung zu geben, kein Gebot zur Vornahme einer Verfügung. Hier handelt es sich lediglich um eine Verpflichtung zur Eingehung eines obligatorischen Vertrages.

Weiterhin enthält § 11 Abs. V eine die Ausübung der Verfügungsgewalt treffende, indessen nur obligatorische Bestimmung 2). Danach darf eine Veräusserung von Wertpapieren nur mindestens zum Tageskurs erfolgen. Es handelt sich hier um eine gesetzliche Limitierung, ein Verstoss dagegen macht die KAG regresspflichtig, ohne der Veräusserung selbst zu schaden.

Auch § 15 beinhaltet eine Vorschrift, die sich mit der Ausübung der Verfügungsgewalt durch die KAG beschäftigt. Nach ihr dürfen Ausschüttungen aus Veräusserungsgewinnen, die man in dem soeben zu § 10 Abs. II besprochenen Sinne als Verfügungen wird ansehen müssen, nur in Übereinstimmung mit den Vertragsbedingungen vorgenommen werden. Eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift kann indessen lediglich zu einer Schadensersatzpflicht der KAG führen; eine Unwirksamkeit der Ausschüttung wäre allein schon im Hinblick auf die Praxis völlig abwegig.

1) Vgl. Siara-Tormann, a. a. O., Anm. VII zu § 7.

2) Vgl. Siara-Tormann, a. a. O., Anm. V zu § 11.

Im Rahmen der der KAG zustehenden Verfügungsbefugnis ist die in § 9 Abs. III incidenter enthaltene Selbstkontrahierungserlaubnis bemerkenswert. Wenn der KAG danach gestattet ist, ihre Ansprüche gegen die Anteilinhaber ausschliesslich aus dem Sondervermögen zu befriedigen, dann bedeutet das ihre Berechtigung, insoweit Übereignungen an sich selbst vornehmen zu dürfen 1).

Damit ist die Frage angeschnitten, ob die KAG allgemein im Rahmen ihrer Verwaltungstätigkeit befugt ist, Vermögensverschiebungen - auch mit Gegenleistung - aus dem Sondervermögen an sich selbst vorzunehmen.

Diese Frage ist zu verneinen. Die rechtliche Handhabe gegen einen Vertragsabschluss mit sich selbst - sei er obligatorisch oder dinglich - bietet § 181 BGB. Diese Vorschrift muss sinngemäss nicht nur für den Vertreter, sondern auch für den Ermächtigten gelten 2). Ganz gleich ob man einer erweiternden oder einer beschränkenden Auslegung des § 181 den Vorzug geben will 3), muss, wenn ein Selbstkontrakt im eigenen und im fremden Namen verboten ist, das erst recht für ein Rechtsgeschäft, welches ein Verfügender im eigenen Namen mit sich selbst vornimmt, gelten. Eine Erlaubnis ist, abgesehen von dem eben erwähnten Fall des § 9, Abs. III KAGG, nicht anzunehmen und widerspräche den Sicherungen, die vom Gesetzgeber zum Schutz der Anteilinhaber geschaffen wurden 4).

-
- 1) Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 70, spricht hier von einem pfandartigen Befriedigungsrecht der KAG.
 - 2) Vgl. dazu Staudinger, a. a. O., zu § 181, insbesondere Anm. 4 d, sowie Anm. 27 a und 27 b; in den Fällen einer "auferlegten Verwaltung" ist nach Staudinger eine Befreiung anzunehmen, vgl. Staudinger, a. a. O., Anm. 3, 27.
 - 3) Für eine erweiternde Auslegung des § 181 BGB, wohl gegen die herrschende Meinung, Staudinger, a. a. O. zu § 181 insbesondere Anm. 3 d. Diese Frage wird besonders bei der Bestellung eines Substituten akut. Vgl. Staudinger a. a. O., Anm. 23 zu § 181. Im Hinblick auf die Vorschrift, des § 5 KAGG wird man jedenfalls für den Bereich unserer Textstelle, im Ergebnis dieser Ansicht beistimmen müssen.
 - 4) In diesem Zusammenhang empfiehlt sich ein Blick auf den durch den Vermittlungsausschuss eingefügten § 5 KAGG. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift macht sowohl das Grund- als auch das abstrakte Geschäft, wie Siara-Tormann, a. a. O. zu § 5 ausführen, absolut nichtig. Der Sinn der genannten Bestimmung ist darin zu sehen, dass, auch wenn eine Gegenleistung erbracht oder versprochen wird, eine Pflichtenkollision der verantwortlichen Leiter der Anlagegesellschaft und Nachteile für die Anteilinhaber zu befürchten sind. Dieselben Bedenken bestehen aber auch dann, wenn die KAG, durch ihre Organe handelnd, Vermögensverschiebungen aus dem Sondervermögen an sich selbst vornehmen dürfte.

Die Durchsicht der mit der Ausübung der Verfügungsgewalt in Beziehung stehenden Vorschriften zeigte, dass sie einen unmittelbaren Einfluss auf den Umfang der Verfügungsbefugnis nicht nehmen. Damit ist bestätigt, dass eine Begrenzung der Verfügungsmacht nach Massgabe des Gesetzes lediglich in Abs. II und III ausgesprochen ist.

b) Vertragliche Verfügungsbeschränkungen und die Frage nach dem Umfang der Verfügungsbefugnis im Falle der Treuhandlösung

§ 8 Abs. I bestimmt, dass die Verfügungsmacht ausser nach Massgabe der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften auch nach Massgabe der Vertragsbedingungen erteilt wird. Aus dieser Fassung lässt sich entnehmen, dass hier nicht nur an der KAG auferlegte Verpflichtungen, sondern ebenso an vertragliche Befugnisbeschränkungen mit Wirkung gegenüber Dritten zu denken ist.

Nachdem allerdings der Gesetzgeber selbst alle Verfügungen, ausser Veräusserungen der zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände, unter ein Verbot gestellt hat, bleibt für eine freie Ausübung der Verfügungsbefugnis ohnehin nur noch ein engbegrenzter Bereich. Sofern darüber hinaus auch noch für vertragliche Schranken Raum sein soll, ist hierbei also im wesentlichen an Beschränkungen der Veräusserungsbefugnis zu denken.

Bei der Miteigentumlösung erheben sich von unserer Rechtsordnung her gegen die Ausnutzung dieser Möglichkeit keine Bedenken. Es wurde bereits festgestellt, dass eine beschränkt erteilte Ermächtigung statthaft und nicht im Widerspruch zu der Bestimmung des § 137 BGB steht 1).

Wie aber verhält es sich mit den nach dem Wortlaut des § 8 Abs. I statthaften vertraglichen Ausübungsschranken im Falle der Treuhandlösung?

Bei der grundsätzlich anzunehmenden Gleichbehandlung der beiden im Gesetz vorgesehenen Eigentumsgestaltungen an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen wird man auf jeden Fall versuchen müssen, wenigstens im Ergebnis auch im Bereich der Treuhandlösung willkürliche Verfügungsmachtbeschränkungen zu ermöglichen. Allerdings erhebt sich hier die Frage, wie sich derartige Abmachungen mit dem Verbot des § 137 BGB vereinbaren lassen.

Das Hindernis des § 137 BGB dadurch zu überwinden, dass man den in § 8 Abs. I KAGG enthaltenen gesetzlichen Hinweis auf die Möglichkeit vertraglicher Einschränkungen selbst als gesetzliche Ausübungsschranke oder eine Durchbrechung des in § 137 BGB ausgesprochenen Grundsatzes 2) deutet, erscheint sehr gewagt 3).

1) Vgl. oben S. 43, auch Anm. 4, S. 43.

2) Die verhältnismässig einfache Durchbrechung des § 137 BGB wird von Staudinger, a. a. O., in Anm. 11 zu § 137 angedeutet.

3) Um dem naheliegenden Einwand zu begegnen, dass durch diese Auffassung künstliche Schwierigkeiten geschaffen werden, muss an dieser Stelle vorgegriffen und

Um dem einschlägigen Passus unserer Textstelle eine derartig weittragende rechtliche Bedeutung beizumessen, ist die sehr allgemein gehaltene und wenig konkretisierte Formulierung "nach Massgabe der Vertragsbedingungen" nicht angetan. Dazu entspricht das Verbot einer willkürlichen Beschränkung der aus einem dinglichen Recht fliessenden Verfügungsbefugnis zu sehr unserer gesamten Rechtssystematik.

Ein Ausweg eröffnet sich allenfalls dadurch, dass man entsprechende Vereinbarungen bei der Treuhandlösung umdeutet und ähnliche Ergebnisse mit der Annahme einer auflösend bedingten treuhänderischen Eigentumsübertragung für den Fall eines Verstosses gegen grundsätzliche Abmachungen erzielt.

ba) Zur Frage eines dinglichen Rückfalls bei der Treuhandlösung

Steht das Sondervermögen im fiduziarischen Eigentum der KAG, dann ist wegen der Bestimmung des § 137 BGB eine Beschränkung der aus dem Vollrecht fliessenden Befugnisse durch Vertrag zwischen Anlagegesellschaft und Anteilinhabern nicht möglich. Eine Sicherung der Anteilinhaber gegen absprachewidrige Geschäfte der KAG lässt sich in diesem Fall nur dadurch erreichen, dass man der KAG bei Verstössen überhaupt das Eigentum und damit die Basis zur Vornahme unerwünschter Rechtshandlungen entzieht. Nur wenn es gelingt, die KAG im Augenblick widerstreitender Verfügungen zum Nichteigentümer zu machen, lassen sich ähnliche Ergebnisse wie bei einer beschränkt erteilten Ermächtigung herbeiführen.

Schultze und Siebert haben darauf hingewiesen, dass bei fiduziarischen Treuhandverhältnissen in die abstrakte Treugutübereignung eine auflösende Bedingung eingebaut werden kann 1). Mit Bedingungseintritt, z. B. bei Vornahme

Fortsetzung der Anmerkung 3), Seite 53:

auf die Ausführungen S. 101 ff. verwiesen werden. Daraus ergibt sich, dass an die Zulassung von vertraglichen Verfügungsbeschränkungen bei der Abfassung der vorliegenden Gesetzesstellen nicht gedacht sein konnte. Es sollte damit - abgesehen von den im Gesetz selbst vorgesehenen Verfügungsschranken - lediglich auf die Einhaltung der allgemeinen Verpflichtungen der KAG bei Ausübung ihrer Befugnisse verwiesen werden. Eine andere Auffassung ergibt sich jedenfalls aus den zu § 8 sehr spärlichen Gesetzesmaterialien (Drucksachen des Bundestages BT Nr. 4199, 1. Wahlperiode, BT Nr. 1585 und Nr. 2973 (schriftlicher Bericht des Ausschusses für Geld und Kredit) 2. Wahlperiode) nicht. Damit entfällt jeder Grund für die Annahme, dass es sich hier - etwa wie im Falle des § 399 BGB - um eine Durchbrechung der Vorschrift des § 137 BGB handelt.

1) Vgl. Schultze, a. a. O., S. 21; Siebert, a. a. O., S. 214 ff., insbesondere S. 231 f., dagegen Rhode, a. a. O., S. 94; beschränkt zustimmend Schless, a. a. O., S. 74.

einer absprachewidrigen Verfügung, löst sich damit automatisch das Vollrecht des Treuhänders auf und fällt an den Treugeber zurück.

Im Bereich des KAGG erscheint diese Lösung zunächst insofern verlockend, als hier keine Schwierigkeiten wegen der Fortpflanzung dieser Bedingung auf Surrogate entstehen. Kraft dinglicher Surrogation gem. § 6 Abs. II KAGG treten die mit dem eingezahlten Geld der Anteilinhaber angeschafften Werte in dieselbe Rechtslage ein.

Auch werden sich bei wohlwollender Auslegung entsprechende Vertragsbestimmungen im gewünschten Sinne als eine auflösende Bedingung auffassen lassen. Darüber hinaus ist anzunehmen, dass bei beabsichtigten Verfügungsbeschränkungen im Falle der Treuhandlösung die KAG in Kenntnis der aus § 137 BGB entstehenden Schwierigkeiten dafür Sorge trägt, dass die Vertragsabfassung in einem erfolgversprechenden Sinne durchgeführt wird.

Indessen entstehen beim Kapitalanlagewesen eine Reihe von Komplikationen aus der Zwischenschaltung der Depotbank, über welche die KAG ihren Geschäftsverkehr abwickelt.

Selbst wenn man voraussetzt, dass sich im Falle der Treuhandlösung eine vertragliche Verfügungsbeschränkung in eine bedingte fuzuziarische Übereignung umdeuten lässt, dann ist für einen dinglichen Rückfall weiterhin erforderlich, dass der Rechtsübergang unmittelbar von den Anteilinhabern auf die KAG erfolgte 1). Ein Zwischenerwerb der Depotbank muss ausgeschlossen sein. Ein Treuhandverhältnis zwischen A und B kann nicht dadurch begründet werden, dass das Treugut dem C übertragen wird 2).

Eine unseren Erfordernissen entsprechende Ausweichmöglichkeit aus diesen Schwierigkeiten ergibt sich auch nicht durch die Verwendung des Instituts "Vertrag zugunsten Dritter", (§ 328 ff. BGB). Ein derartiger obligatorischer Vertrag kann zwar mit der Eigentumsübertragung von A auf C verkoppelt sein, mit der Folge, dass der B unmittelbar ein Forderungsrecht gegen C erhält. Diese zugunsten des Dritten neu entstandene Forderung steht indessen in keinerlei dinglicher Beziehung zur Leistung des "Treugebers" an den Zweiten; sie stammt nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers, so dass eine zwischen A und C vereinbarte Bedingung niemals zu einem "dinglichen Rückfall" von B an A führen kann.

Zwar ist vorstellbar, dass ausserdem zwischen A und B ein Vertrag zustande kommt, in welchem sich der B verpflichtet, diese ihm gegen C zustehende Forderung treuhänderisch für den A zu verwalten. In dieses kausale Geschäft kann indessen keine Klausel eingebaut werden, die im Falle eines treuwidrigen Verhaltens des C einen unmittelbaren "dinglichen Rückfall" dieser Forderung und ihrer Surrogate auf A nach sich zieht. Ein sich dinglicher Rückfall bei Eintritt einer auflösenden Bedingung ist nur hinsichtlich solcher Vermögenswerte möglich,

1) Zum tatsächlichen Geschäftsablauf vgl. S. 95 a.E. ff.

2) Vgl. dazu Staudinger vor § 104 Anm. 60 d a.E.

die unmittelbar durch Übertragung aus dem Vermögen des A erlangt wurden. Ist diese Voraussetzung, wie in dem hier gewählten Beispiel, nicht erfüllt, dann kann allenfalls durch eine mit Abschluss des Treuhandvertrages vereinbarte aufschiebend bedingte Abtretung von B auf A geholfen werden.

Im regelmässigen Geschäftsverkehr der Banken ist es durchaus üblich, dass diese grundsätzlich Eigentum an dem bei ihren Kundensaltern eingezahltem Geld durch Übertragung gem. § 929 BGB erwerben. Durch Gutschrift des bei ihnen eingezahlten Betrages auf ein Konto des Kunden wird dafür zugunsten des letzteren eine Forderung gegen die Bank begründet. Über dieses Guthaben kann der Kunde im Rahmen des Bankvertrages 1) verfügen.

Selbstverständlich können Vereinbarungen auch dahingehend getroffen werden, dass die Gutschrift zugunsten eines Dritten erfolgt; dann erwirbt dieser eine Forderung gegen die Bank.

In dieser Weise wickelt sich auch die Bareinzahlung des Anteilinhabers im Falle der Miteigentumslösung ab: Die Depotbank erwirbt Eigentum an dem eingezahlten Betrage und übernimmt gleichzeitig die Verpflichtung, unverzüglich eine entsprechende Gutschrift auf dem Sperrkonto vorzunehmen. Der Anteilinhaber dagegen erhält das mit dem Abdruck der Vertragsbedingungen versehene Zertifikat und damit Bruchteilseigentum an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen; das Eigentum an dem Anteilschein als Wertpapier verschafft ihm ipso iure dieses Miteigentum, ohne dass eine Besitzerlangung gem. § 929 ff. BGB notwendig wäre 2).

Im Falle der Treuhandlösung ist dagegen eine andere Auffassung gerechtfertigt.

Hier will der Anteilinhaber zur Begründung des Treuhandverhältnisses sein Geld demjenigen übertragen, mit dem er den fuziarischen Vertrag eingeht. Zwar ist auch in diesem Falle ein Eigentumserwerb der Depotbank logisch nicht auszuschliessen. Eine derartige Konstruktion dürfte indessen dem mutmasslichen Willen des Anteilinhabers kaum entsprechen. Eine unmittelbare Eigentumsübertragung vom Anteilinhaber auf die KAG hat den Vorteil, dass nunmehr die Kette der Surrogationen sofort beginnt 3); das bedeutet, dass bereits die Gutschrift auf das

-
- 1) Vgl. zu diesem Fragenkomplex, der in dieser Arbeit nur gestreift werden kann, Meyer-Cording: Das Recht der Banküberweisung, Tübingen 1951, hier insbesondere S. 30 ff.; vgl. zum folgenden auch Siebert, a. a. O., S. 340 ff.
 - 2) Das Zertifikat stellt einen neuen gesetzlichen Wertpapiertypus dar; vgl. Siara-Tormann, a. a. O., Anm. I zu § 17. Es ist hinsichtlich seiner dinglichen Wirkung bei Rechtsübertragungen vergleichbar dem Lagerschein nach § 424 HGB und dem Ladeschein nach § 450 HGB.
 - 3) Diese Konstruktion, die in den folgenden Zeilen näher dargelegt wird, ist m. E. auch nicht dadurch infrage gestellt, dass die Depotbank an dem eingezahlten Geld schon kraft Gesetzes durch Vermischung Eigentum erhält. Prak-

Sperrkonto der KAG ein Surrogat des eingezahlten Betrages ist, der erst jetzt durch erlaubtes Selbstkontrahieren in das Eigentum der Depotbank übergeht. Lehnt man dagegen eine derartige Konstruktion ab, dann ist bereits hier die Möglichkeit eines dinglichen Rückfalls vereitelt.

Ein unmittelbarer Eigentumserwerb durch die Depotbank lässt sich ohne grössere Schwierigkeiten vorstellen. Bei der dinglichen Einigung tritt dann die Bank entweder als Vertreter oder Bote der KAG auf.

Gem. den §§ 929 ff. ist zum Eigentumsübergang ausser der Einigung Besitz-erlangung durch den Erwerbenden notwendig. Diese kann im vorliegenden Falle dadurch vollzogen werden, dass die Depotbank entweder als Besitzdiener oder als Besitzmittler der KAG in Erscheinung tritt. Die Besitzerstellung der KAG dürfte allerdings nur eine vorübergehende sein, lediglich zum Zwecke der Eigentumserlangung eingeschoben. Ein dauernd fortwährendes mittelbares Besitzverhältnis der KAG an den im Sonderdepot verwahrten Werten entspricht der tatsächlichen Sachlage nicht 1). Ein zur Eigentumserlangung vorübergehender, wenigstens eine logische Sekunde anhaltender Besitz der KAG kann indessen bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in dem die Werte dem Sondervermögen durch Gutschrift auf das Sperrkonto endgültig zufließen und damit die tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit der KAG erlischt. Damit erlöschen auch jegliche durch den vorübergehenden Besitz etwa aus § 1077 BGB begründeten Ansprüche.

Demgegenüber zeigen sich bei bargeldlosen Einzahlungen der Anteilinhaber für die Annahme einer unmittelbaren Vermögensverschiebung von den Anteilhabern auf die KAG unüberwindbare Schwierigkeiten.

Gibt der Anteilinhaber in diesem Falle seiner Bank im Rahmen des mit dieser bestehenden Bankvertrages einen Überweisungsauftrag, dann geht mit dessen Abwicklung nicht etwa die bisherige Forderung durch Abtretung auf die KAG über. Vielmehr sind die Vorgänge hier so zu verstehen, dass mit der Sollbuchung zu Lasten des Auftraggebers die alte Forderung erlischt und mit der Gutschrift zugunsten

Fortsetzung der Anmerkung 3), Seite 56:

tisch dürfte sich eine Bareinzahlung am Bankschalter dergestalt abwickeln, dass die Übergabe des Geldes erst nach einer Anweisung und nach der dinglichen Einigung erfolgt. Die Empfangnahme des noch spezifizierten Betrags durch den Bankbeamten dürfte damit eine logische Sekunde vor der erst nachfolgenden Vermischung liegen, durch die dann allerdings die KAG das Eigentum an dem bereits auf sie übergebenen Geld wieder verliert. Im Zusammenhang mit dem hier zu behandelnden Problem kommt es darauf indessen nicht mehr an, die KAG hat vielmehr zunächst unmittelbar den Barbetrag und nicht nur eine Forderung erworben. Die Kette der Surrogation beginnt bereits mit der Einzahlung.

1) Vgl. unten S. 63 ff.

der KAG für diese eine völlig neue gegen die Depotbank entsteht 1). Damit ist für einen von den Anteilhabern abgeleiteten Forderungserwerb kein Raum; ein abstrakter Abtretungsvertrag zwischen Anteilhaber und KAG wäre gegenstandslos. Zwar ist grundsätzlich auch die Abtretung einer gegen eine Bank bestehenden Forderung möglich 2); bei Überweisungen im Giroverkehr handelt es sich indessen um einen völlig anderen Rechtsvorgang.

Für das Kapitalanlagewesen eine Ausnahme von diesen prinzipiell für den bargeldlosen Zahlungsverkehr geltenden Regeln zu machen, empfiehlt sich nicht. Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass man hier, nur um unerwünschte Eventualsituationen auszuschliessen, zu völlig aussergewöhnlichen und gekünstelten Konstruktionen greifen sollte 3).

Damit scheidet bei bargeldlosen Einzahlungen ein "dinglicher Rückfall" bei treuwidrigen Verstössen der KAG aus.

Damit zeigt sich, dass, im Gegensatz zur Miteigentumslösung, im Falle der Treuhandlösung vertraglichen Verfügungsbeschränkungen, wie sie § 8 Abs. I KAGG vorsieht, aus Rechtsgründen schlechterdings keine Anwendbarkeit beschieden ist. Man steht hier wider Erwarten vor einem materiellen Unterschied in den Ausgestaltungsmöglichkeiten beider durch das Gesetz statthaften Eigentumslösungen am Sondervermögen. Es wird kaum anzunehmen sein, dass diese Differenz vom Gesetzgeber beabsichtigt war. Indessen geht mit dem Erlass dieses wie jedes andere Gesetz seine eigenen Wege. Während also von Rechts wegen gegen vertragliche Verfügungsbeschränkungen im Falle der Miteigentumslösung nichts einzuwenden ist, ist dieser Weg im Falle der Treuhandlösung versperrt.

bb) Grundsätzliche Bedenken gegen vertragliche Verfügungsbeschränkungen im Falle der Miteigentumslösung

Die Zulässigkeit vertraglicher Verfügungseinschränkungen begegnet indessen auch bei der Miteigentumslösung wenn nicht rechtlichen, so doch praktischen Bedenken.

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass in den bisher vorliegenden Vertragsbedingungen der in der Bundesrepublik arbeitenden KAG's eine über den Rahmen der gesetzlichen Verfügungsbegrenzungen hinausgehende vertragliche Beschränkung nicht vorgesehen ist. Auch in Zukunft ist mit derartigen Abmachungen kaum zu rechnen. Da die KAG's die Vertragsbedingungen herausgeben und dadurch praktisch eine Monopolstellung bei der Abfassung des dem Publikum angebotenen Ver-

1) Vgl. Meyer-Cording, a. a. O., S. 40 ff., insbesondere S. 44, 47 f. Es handelt sich hierbei auch nicht um einen Vertrag zugunsten Dritter. Vgl. Meyer-Cording, a. a. O., S. 13

2) Vgl. Meyer-Cording, a. a. O., S. 26.

3) Meyer-Cording, a. a. O., S. 50 will gewisse Ausnahmen zulassen. Vgl. auch S. 101, 103.

tragsinhaltes besitzen, ist nicht zu erwarten, dass die über das dem Gesetz entsprechende Mindestmass hinaus eine weitere Beschränkung ihrer eigenen Macht vorschlagen.

Andererseits aber ist unwahrscheinlich, dass ein derartiger Vertragsvorschlag von der Genehmigungsbehörde - gemäss § 14 Abs. II KAGG die Bankaufsichtsbehörde - gebilligt werden würde 1). Über die Beachtung der in § 14 Abs. III enthaltenen "Anlagerichtlinien" 2) hinaus, wird man der Genehmigungsbehörde einen Spielraum zur Anwendung pflichtgemässen Ermessens einräumen müssen, um unzweckmässige und unangebrachte Vertragsabmachungen zu verhindern. Gleichzeitig ist damit die Genehmigungsbehörde aufgerufen, unklare Formulierungen des Gesetzgebers regulierend und zweckentsprechend anzuwenden 3).

Offenbar hat der Gesetzgeber bei der Abfassung des § 8 Abs. I nicht genügend beachtet, welche praktischen Konsequenzen sich aus einer willkürlich manipulierbaren Verfügungsbefugnis ergeben müssten. Nach Lage der Dinge können durch derartige Abmachungen nur noch weitere Einschränkungen der Veräusserungsgewalt betroffen werden 4). Einer ausdrücklichen Vereinbarung darüber, dass Leistungen aus dem Sondervermögen nur gegen eine äquivalente Gegenleistung erbracht werden dürfen, bedarf es nicht; in der Praxis ist diese Möglichkeit schon durch die Zwischenschaltung der Depotbank gem. § 11 Abs. VI KAGG ausgeschlossen. Darüber hinaus werden Übereignungen schenkungshalber ohnehin als nichtig angesehen werden müssen. Ein entsprechendes Verbot lässt sich incidenter aus dem Gesamtinhalt des Gesetzes entnehmen.

Nimmt man hier ein entsprechendes gesetzliches Verbot an, dann ist nach § 134 BGB entweder sogleich die abstrakte Übereignung oder nur der kausale Schenkungsvertrag nichtig. Im ersteren Falle könnte damit unmittelbar der dingliche Herausgabeanspruch geltend gemacht werden. Dazu wäre in analoger Anwendung des § 11 Abs. VIII Ziff. 2 KAGG wohl ausschliesslich die Depotbank befugt 5). Eine Geltendmachung dieser Ansprüche durch die KAG, die soeben selbst die Schenkung vorgenommen hat, wäre gegenüber dem Dritten mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht vereinbar.

Nimmt man dagegen an, dass nur der kausale Schenkungsvertrag nichtig ist, dann kann - ebenfalls durch die Depotbank - gegenüber dem Dritten gemäss den Vorschriften der §§ 812 ff. BGB kondiziert werden.

Will man hier indessen nur ein relatives Verbot gemäss § 135 annehmen, dann

- 1) Eine derartige Versagung dürfte im wohlverstandenen Interesse sowohl der Anteilhaber als auch der KAG liegen und insbesondere ein sonst unvermeidliches Unsicherheitsmoment im Geschäftsverkehr mit Dritten ausschliessen.
- 2) Vgl. Siara-Tormann, a. a. O., zu § 14 Anm. III Ziff. a.
- 3) Vgl. auch Dürre-Full, a. a. O., zu § 14 Anm. 3.
- 4) Vgl. dazu oben S. 53
- 5) A. A. offenbar Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 61 Anm. 3.

sei auf die Ausführung des 2. Abschnitts dieser Arbeit hingewiesen.

Lehnt man dagegen das Vorliegen eines Verbots überhaupt ab, dann lassen sich ähnliche Ergebnisse durch Anwendung des § 138 Abs. I BGB erzielen.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, falls man sich hier zur Bejahung eines Verbotes nicht entschliessen kann, insoweit eine gesetzliche stillschweigende Ausübungsschranke anzunehmen. Damit wäre die abstrakte Übereignung schenkungshalber ohne weiteres nichtig. Nimmt man indessen nur eine vertragliche Ausübungsschranke an, die im Falle der Treuhandlösung wegen der Vorschrift des § 137 BGB eine unmittelbare Beschränkung der Verfügungsbefugnis nicht herbeiführen kann, dann können sich die Anteilinhaber nur an die KAG halten.

Demnach bleiben für vertragliche Einschränkungen der Verfügungsbefugnis vor allem noch die Untersagung der Veräusserung bestimmter Wertpapiere und die Unwirksamkeit von Ausgaben zur Anschaffung bestimmter unerwünschter Werte.

Gerade am letzteren Falle lässt sich deutlich demonstrieren, zu welchen Ergebnissen die vertragliche Verfügungsbeschränkung führen muss. Auf diese Weise könnte die KAG nicht nur obligatorisch, sondern mit unmittelbarer Wirkung gegen Dritte zur Einhaltung eines bestimmten Wertpapiersortiments gezwungen werden. Ausgaben, die zur Anschaffung der dem vorgeschriebenen Sortiment widersprechenden Erwerbungen getätigt worden sind, wären unwirksam und könnten zurückverlangt werden. Damit wäre der Geschäftspartner gezwungen, seinerseits entweder Schadenersatz zu fordern oder vom Grundgeschäft infolge anfänglichen Unvermögens der KAG zurückzutreten und zu kondizieren.

Trotz aller Heilungsmöglichkeiten, insbesondere infolge guten Glaubens, würde eine solche Handhabung für den Dritten unbillige Härten und eine allgemeine Rechtsunsicherheit nach sich ziehen. Derartige Ausgestaltungsmöglichkeiten, würden darüber hinaus dem Sinne des § 7 Abs. VII KAGG widersprechen und liessen sich aus dem Gedanken der Treuhand nicht mehr rechtfertigen. Diese Abmachungen dienten nicht mehr der Substanzerhaltung des Sondervermögens, sondern würden darüber hinaus in unzumutbarer Weise unmittelbar in die Verwaltung und das Dispositionsrecht der KAG eingreifen. Wenn die Verfügungsgewalt der KAG in der angedeuteten Weise von der Genehmigung einer bestimmten Gegenleistung und nicht einmal von deren objektivem Wert abhängig gemacht werden könnte, dann käme in die Struktur der Verfügungseinschränkungen ein völlig neues Element: nicht nur eine bestimmte Gattung von Verfügungshandlungen, wie Verpfändungen, Aufrechnungen etc., wäre ausgeschlossen, sondern auch einzelne Rechtsakte innerhalb der gleichen Gruppe, allein im Hinblick auf den konkreten Gegenstand, den sie betreffen.

Die Kette der bei einer zulässigen willkürlichen Einschränkung der Verfügungsmacht bestehenden Möglichkeiten liesse sich beliebig fortsetzen. Sicher hat der Gesetzgeber des § 8 Abs. I KAGG eine so weitgehende Manipulierung der Ver-

fügungsgewalt nicht beabsichtigt. Das vorliegende Gesetz hat alle wesentlichen, mit der treuhänderischen Vermögensverwaltung zusammenhängenden Fragen vorbildlich gelöst und genügend zwingende Vorkehrungen zum Schutze der Anteilinhaber getroffen. In diesem Rahmen bleiben noch zahlreiche, meist wirtschaftliche Komplexe durch vertragliche Vereinbarungen zu regeln. Die der KAG eingeräumte Verfügungsmacht dagegen ist schon im Gesetz selbst abschliessend geordnet, und es sind ihr hier zwingende Grenzen gezogen worden. Für vertragliche Vereinbarungen ist insoweit kein Raum mehr. Wollte man diese grundsätzlich zulassen, wie das nach dem Wortlaut des § 8 Abs. I KAGG der Fall zu sein scheint, dann müsste das zu unerwünschten Ergebnissen führen.

Demgemäss kann dem Passus, wonach der KAG die Verfügungsbefugnis auch nach Massgabe der Vertragsbedingungen zur Ausübung überlassen ist, nur eine abgeschwächte Bedeutung zugebilligt werden 1). Mit dieser Fassung wollte der Gesetzgeber nicht Möglichkeiten zu weiterer vertraglicher Verfügungseinschränkung schaffen, sondern lediglich auf die Einhaltung obligatorischer Abmachungen, die die KAG auf Grund der Vertragsbedingungen treffen, hinweisen 2).

Eine zusammenfassende Würdigung des Umfanges der Verfügungsgewalt der KAG, wie er sich aus den in Abs. II und III des § 8 KAGG enthaltenen Begrenzungen ergibt, führt zu dem Ergebnis, dass hierdurch in der Tat die wesentlichsten Gefahrenherde für schutzwürdige Interessen der Anteilinhaber ausgeräumt wurden.

Die in den USA mit dem Kapitalanlagewesen gemachten Erfahrungen zeigten, dass sich gerade Belastungen und Verpfändungen als gefährlich erwiesen haben. Denn auf diese Weise waren Spekulationen möglich, die nicht nur das Risiko erhöhen, sondern auch zu einer unangebrachten und den wahren Substanzwert verschleiernenden Aufblähung des Fonds führen würden 3). Demgegenüber kam es dem Gesetzgeber mit Recht darauf an, die Anteilinhaber zwar an den wirtschaftlich gerechtfertigten Wachstumschancen ihrer Wertpapiere teilnehmen zu lassen, ihnen andererseits aber weitgehende Sicherheiten gegenüber den Gefahren des Wertpapiergeschäftes und der Börse zu gewähren.

Das Aufrechnungsverbot in § 8 Abs. II KAGG ergibt sich an sich schon aus der Natur der Sache selbst.

Demgegenüber ist durch die Nichteinhaltung von Anlagerichtlinien keine grundsätzliche Vermögensgefährdung zu Lasten der Anteilinhaber zu erwarten.

1) Vgl. Seite 143 f.

2) Die bisher vorliegenden Kommentare äussern sich zu dieser Frage leider überhaupt nicht.

3) So könnten mit Geldern, die durch die Verpfändung von Sondervermögenswerten beschafft wurden, neue Wertpapiere angeschafft und dem Sondervermögen zugeführt werden. Das würde zu einem erhöhten Ausgabekurs der Anteilscheine führen, in denen nach der täglichen Kursfestsetzung zwar die Neuanschaffung, nicht aber die Belastung ihren Niederschlag finden würde. Vgl. dazu auch Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 61.

III. DIE AUSÜBUNG DER VERFÜGUNGSGEWALT DURCH DIE KAG

Hinsichtlich der der Verfügungsmacht der KAG gewaltunterworfenen einzelnen Gegenstände ergeben sich keine Schwierigkeiten.

In Frage kommen hier sowohl Wertpapiere aller Art - insbesondere Aktien und Schuldverschreibungen, nach Vereinbarung auch ausländische Papiere, Kuxe dagegen nur ausnahmsweise 1) - als auch Forderungen. Über jeden dieser einzelnen Vermögenswerte kann die KAG aus eigenem Recht verfügen, soweit ihr das in den Schranken des § 8 Abs. II und III KAG gestattet ist.

Die der KAG zu Verwaltungszwecken überlassene Verfügungsmacht schliesst an sich schon die Möglichkeit mit ein, die mit einzelnen Wertpapiergattungen verbundenen Nebenberechtigungen im eigenen Namen auszuüben. Die dazu erforderliche Legitimation ist bei einer so generellen Ermächtigung wie im vorliegenden Falle in diese schon miteinbezogen. Indessen ist die vom Gesetzgeber in § 8 Abs. I KAGG am Ende des ersten Satzes getroffene ausdrückliche Feststellung darüber insofern dankenswert, als bei der auf Zustimmung beruhenden Ermächtigung die Einwilligung zur Rechtsausübung von vornherein beschränkt erteilt werden kann, so dass nach dem übrigen Inhalt des Paragraphen Zweifel daran aufkommen könnten, ob hier nicht lediglich eine Veräusserungsbefugnis ausgesprochen werden sollte.

In der Praxis ist hierbei an die Ausübung der mit den Aktien verbundenen Mitgliedschaftsrechte, wie die des Stimmrechts, der Bezugsrechtsausübung etc., zu denken. Aber auch hinsichtlich der im Sondervermögen bewahrten Obligationen ergibt sich ein Anwendungsbereich, insbesondere zur Ausübung der Nebenberechtigungen nach dem Schuldverschreibungs-Gesetz.

Der letzte Satz des § 8 Abs. I KAGG bestimmt dazu weiter, dass zur Stimmrechtsausübung durch die KAG keine schriftliche "Ermächtigung" - im Zusammenhang mit diesen Untersuchungen wohl tunlichst zu lesen als "Legitimation" - gemäss § 114 AktG erforderlich ist. Im Zusammenhang damit steht auch die Bestimmung des § 9 Abs. I KAGG, zweiter Satz, wonach die Stimmrechtsausübung in der Regel durch die KAG selbst 2) vorgenommen werden soll.

1) Vgl. § 7 Abs. II KAGG.

2) Immerhin kann sie ermächtigen, nur nicht generell. Im Grunde liegt darin auch eine Verfügungsbeschränkung durch Gesetz; denn in der Ermächtigung, die die KAG erteilt, liegt jedenfalls, wenn man Raape, vgl. oben S. 63, Anm. 5, folgt, eine Verfügung über das Stimmrecht.

1. DIE RECHTSÜBERTRAGUNG AN DEN ZUM SONDERVERMÖGEN GEHÖRENDE GEGENSTÄNDE DURCH DIE KAG

Wie werden nun die einzelnen, von der KAG in Ausübung ihrer Verfügungsbefugnis vorgenommenen Veräußerungen praktisch abgewickelt?

a) Der Abschluss des dinglichen Vertrages

Die Übereignung von Wertpapieren findet nach den allgemeinen sachenrechtlichen Regeln der §§ 929 ff. statt. Danach ist zunächst die dingliche Einigung zwischen der KAG und dem Erwerber notwendig. Die dabei von Seiten der KAG abgegebene Willenserklärung stellt mit ihrem Wirksamwerden durch Konsens und Besitzverschaffung an den Kontrahenten die Verfügung dar, zu deren Vornahme sie im Rahmen des § 8 KAGG berechtigt ist.

Zwar geht unser Gesetz offensichtlich davon aus, dass der zur Veräußerung von Gegenständen des Sondervermögens notwendige Vertrag durch die KAG selbst geschlossen wird. In der Praxis dürften jedoch die Fälle überwiegen, in denen die KAG nach aussen nicht selbst in Erscheinung tritt, sondern nach ihren Anweisungen die Depotbank tätig wird. Es ist nicht anzunehmen, dass die Depotbank bei den täglichen Börsengeschäften nur die gem. § 11 Abs. IV KAGG vorgesehene Lieferung der verkauften Wertpapiere vornimmt und nicht gleichzeitig selbst kontrahiert.

Rechtlich erheben sich gegen eine derartige Praxis keinerlei Bedenken. Die KAG ist im Rahmen ihrer Verfügungsgewalt nach allgemeinen Regeln durchaus befugt, der Bank Unterermächtigung zu erteilen oder sie zu ihrem Vertreter zu bestellen. Diese Möglichkeit ergibt sich auch e contrario zu der in § 9 Abs. I KAGG enthaltenen Vorschrift, wonach die KAG lediglich das Aktienstimmrecht regelmässig selbst ausüben soll. Daraus lässt sich auf der anderen Seite der Schluss ziehen, dass gegen anderweitige Ermächtigung der Depotbank keine Einwendungen erhoben werden. Eine derartige Handhabung erweist sich darüber hinaus auch deshalb als zweckmässig, weil dadurch der Depotbank eine weitere Möglichkeit eingeräumt wird, die von der KAG geplanten Rechtsgeschäfte zu kontrollieren.

Im Zusammenhang damit erscheint die Frage, warum nicht sogleich die Fülle der Verfügungsgewalt der Depotbank mit der Massgabe übertragen wurde, dass diese ihre Befugnisse nach der Planung der KAG und nur mit deren Einwilligung ausüben darf.

Dagegen ist zu erwidern, dass eine derartig weitgehende Ermächtigung die der Depotbank zugedachte Rolle überschreiten würde. Die Verteilung der Kräfte zwischen KAG und Depotbank ist im Interesse der Anteilinhaber zweckmässig so ausbalanciert, dass die Masse der Verwaltungsbefugnisse bei der Anlagegesellschaft zusammengefasst und die Bank lediglich in Ausübung der ihr zufallenden Überwachungsfunktion im Rahmen des § 11 Abs. VIII KAGG sachlegitimiert ist. Im Einzelfall jedoch erheben sich gegen ein Tätigwerden der Depotbank als Verkaufskommissionär oder als Vertreter unter der Verantwortung der KAG keine Bedenken.

b) Die Besitzverhältnisse am Sondervermögen und die Ausübung der Sekundärberechtigungen zum Schutze des Anlagevermögens

Zur Beantwortung der Frage, in welcher Weise die für die Eigentumsübertragung notwendige Sachübergabe erfolgt, muss zunächst geklärt werden, wie es sich mit den Besitzverhältnissen an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen verhält.

Mit der Einzahlung seines Geldes bei der Depotbank verliert der Anteilhaber daran. Dieser geht nunmehr auf die Bank als Fremdbesitz über. An dessen Stelle tritt kein Besitzmittlungsverhältnis zugunsten der Anteilhaber nach § 868 BGB. Denn selbst der mittelbare Besitz stellt eine, wenn auch vergeistigte, tatsächliche Sachherrschaft dar 1). Dem steht nicht entgegen, dass deren praktische Ausübung vorübergehend durch das Besitzmittlungsverhältnis behindert ist. Die tatsächliche Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers demonstriert sich darin, dass dieser nach Massgabe des Besitzmittlungsverhältnisses oder des § 869 BGB zur unmittelbaren Wiedererlangung des konkret bestimmten Gegenstandes in der Lage ist.

An diesen objektiven Bedingungen fehlt es aber, abgesehen von dem wohl mangelnden subjektiven Besitzerwillen der Anteilhaber, im vorliegenden Falle. Ist schon zweifelhaft, ob ein zur Besitzmittlung geeignetes Rechtsverhältnis zwischen den Anteilhabern und der Depotbank, auch wenn diese die zwischen KAG und Anteilhabern geltenden Vertragsbedingungen mit unterschrieben hat, besteht, so ist doch auf jeden Fall die Wiedererlangung des unmittelbaren Besitzes an konkret bestimmbar Vermögensgegenständen ausgeschlossen 2). Das ergibt sich aus der Bestimmung des § 10 Abs. I KAGG. Dafür ist dem einzelnen Anteilhaber lediglich eine Gattungsschuldforderung gemäss § 10 Abs. II KAGG eingeräumt 3).

Ebensowenig kann zugunsten der Gesamtheit der Anteilhaber ein mittelbares Mitbesitzverhältnis an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen angenommen werden. Auch hierzu fehlt es an einer der normalen Lebensauffassung entsprechenden, nur vorübergehend verhinderten Einwirkungsmöglichkeit dieser Gemeinschaft auf die dem gesperrten Sonderdepot zugehörenden Vermögensgegenstände 4).

Nicht anders verhält es sich mit der Frage nach einem mittelbaren Besitz-

1) Vgl. dazu Palandt, a.a.O., zu § 868 BGB.

2) Der Besitz kann sich stets nur auf konkret bestimmte Sachen beziehen.

3) Dasselbe gilt für den Fall der Liquidation gem. § 13, Abs. II KAGG.

4) So im Ergebnis auch Ebner-Eschenbach, a.a.O., S. 57.

verhältnis zwischen KAG und Depotbank 1). Zwar ist hier ein Verwahrungsvertrag, also ein zur Begründung mittelbaren Besitzes geeignetes Rechtsverhältnis gegeben. Der unmittelbare Zugang zu den ihrer Verwaltung unterliegenden Vermögensgegenständen ist der KAG jedoch kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anweisung in § 11 Abs. III, VII KAGG für immer versperrt.

Eine Ausnahme davon bildet zwar das Befriedigungsrecht der KAG. Indessen rechtfertigt diese Inaussichtnahme einer späteren Besitzerlangung keineswegs die Annahme eines insoweit zu bejahenden Besitzmittlungsverhältnisses.

Trotz des Verwahrungsvertrages kann die KAG somit eine, wenn auch nur mittelbare, tatsächliche Sachherrschaft an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen nicht ausüben. Sie ist gegenüber der Depotbank zur Geltendmachung eines Herausgabeanspruches nicht befugt 2).

Damit ergibt sich hier also die ungewöhnliche Situation, dass eine Ermächtigung von keiner Besitzerlangung begleitet ist.

Darüber hinaus versagt auch der aus dem Eigentum hergeleitete schuldrechtliche Nebenanspruch auf Herausgabe gem. § 985 ff. BGB 3). Sowohl bei der Miteigentums- als auch bei der Treuhandlösung kann dieser Anspruch gegen die Depotbank nicht entstehen. Insoweit ist die aus dem Eigentum fließende Ausübungsbe-fugnis beschränkt.

Das bedeutet indessen nicht, dass dieser vom Eigentum herrührende Herausgabeanspruch gegenüber anderen Personen versagen würde. Während ein Wiedereinräumungsanspruch aus jetzigem oder früherem Besitz (vgl. § 1007 BGB) unter keinen Umständen zu bejahen ist, greift der nur gegenüber der Depotbank behinderte Herausgabeanspruch aus § 985 BGB in entsprechenden, praktisch allerdings kaum vorstellbaren Fällen gegen unmittelbar besitzende Dritte durch 4). Zur Geltendmachung dieses Anspruches ist auch im Falle der Miteigentumlösung die KAG befugt.

Zwar enthält die Geltendmachung dieser Forderung keine Verfügung, so dass

- 1) Anderer Ansicht Meyer-Cording in seinem Aufsatz: Investmentgesellschaften, a. a. O., S. 75, 81. Dieser Aufsatz wurde indessen zu einer Zeit geschrieben, als das KAGG noch nicht vorlag.
- 2) Gegen die Annahme eines Fremdbesitzes für die Depotbank ohne Besitzmittlung für einen anderen bestehen m. E. keine Bedenken. Wenn § 872 BGB bestimmt, dass derjenige, der eine Sache als ihm gehörend besitzt, Eigenbesitzer ist, dann ist daraus zu folgern, dass jeder, der sie nicht im Bewusstsein des dinglichen Vollrechts besitzt, als Fremdbesitzer anzusprechen ist; auf das Vorliegen eines Besitzmittlungsverhältnisses kommt es dabei nicht an.
- 3) Vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 1. Halbband, S. 440. Bekanntlich handelt es sich hierbei um einen zweiten Herausgabeanspruch.
- 4) Praktisch wird diese Frage nur in den Fällen der relativen Unwirksamkeit; vgl. unten S. 102, 105.

als Grundlage hierfür der § 8 Abs. I KAGG nicht erforderlich ist 1). Indessen folgt aus der weitergehenden Herrschaftsberechtigung kraft der Verfügungsbe-
fugnis a maiore ad minus sowie aus dem allgemeinen Verwaltungsauftrag
die damit verbundene Legitimation, alle zum Schutze des Sondervermögens
erforderlichen Massnahmen zu treffen.

Dasselbe muss für die Abwehransprüche aus § 1004 BGB gelten 2). Auch
bei deren Geltendmachung handelt es sich nicht um eine Verfügung, deren
Rechtsgrundlage sich aus § 8 Abs. I KAGG ergäbe.

Die Depotbank ist dagegen nur insoweit legitimiert, als ihre Besitzerstel-
lung von dritter Seite gestört wird. Insoweit ergibt sich ihre Befugnis aus ihrer
eigenen Position. Zur Geltendmachung von Eigentumsansprüchen der Anteil-
inhaber ist sie dagegen nur im Rahmen des § 11 Abs. VIII Ziff. 1 KAGG, nicht
aber gegen Dritte berufen. Im Gegensatz zu verschiedenen anderen Fällen,
die im Rahmen dieser Arbeit zu behandeln sind, besteht hier auch keine Not-
wendigkeit einer erweiternden oder analogen Anwendung dieser Vorschrift.

c) Die Besitzerlangung des Erwerbers gem. § 929 BGB

Aus der Klärung der Besitzlage an den zum Sondervermögen gehörenden
Gegenständen folgt, dass eine Eigentumsübertragung durch Abtretung des Heraus-
gabeanspruches gegen die Depotbank nicht möglich ist. Die strittige Frage, ob
es sich bei dem in § 931 BGB gemeinten Herausgabeanspruch um den aus dem
Eigentum nach § 985 BGB oder um den aus Besitz handelt, kann hier dahinge-
stellt bleiben 3). Keiner dieser beiden Ansprüche kann im Verhältnis zwischen
KAG und Depotbank entstehen. Ebenso ist eine Eigentumsübertragung nach
§ 930 BGB ausgeschlossen.

Der KAG bleibt mithin zur Übertragung der zum Sondervermögen gehören-
den Wertpapiere nur der Weg nach § 929 BGB. Hierzu ist zu sagen, dass es kei-
nen Unterschied macht, ob der Erwerbende dem unmittelbaren Besitz von dem
Veräusserer selbst oder auf dessen Anweisung von einem Dritten erlangt 4). Be-
achtet muss allerdings werden, dass die Eigentumsübertragung solange nicht

-
- 1) Wenn in § 8 Abs. I KAGG gesagt ist, dass die KAG alle Rechte aus den Son-
dervermögenswerten ausüben darf, dann sind hiermit offenbar nur die mit den
verschiedenen Wertpapiergattungen unmittelbar verbundenen Berechtigungen;
z. B. Mitgliedschaftsrechte, gemeint, nicht aber die normalen Eigentums-
schutzansprüche aus §§ 985 und 1004 BGB. Die Möglichkeit zur Geltendma-
chung derartiger Schutzansprüche muss vielmehr gesondert geprüft werden.
 - 2) Der Ermächtigte ist an sich nicht ohne weiteres zur Geltendmachung derartiger
Nebenansprüche befugt. Vgl. oben Anm. 3, S. 39.
 - 3) Vgl. dazu Palandt, a. a. O., zu § 931 Anm. 3
 - 4) Vgl. Palandt, a. a. O., zu § 929 Anm. 3

wirksam wird, bis die Besitzübergabe erfolgt ist 1). Während bei einem Auftreten der Depotbank als Kommissionär wahrscheinlich Einigung und Übergabe Hand in Hand erfolgen, besteht bei einem unmittelbaren Vertragsabschluss durch die KAG selbst die Wahrscheinlichkeit, dass die Einigung entweder vorher oder nachher zustande kommt. Falls die Einigung vor der Übergabe liegt, muss für die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung darauf geachtet werden, dass der Konsens auch noch zur Zeit der Übergabe besteht.

Für einen gutgläubigen Erwerb nach § 932 BGB kommt es darauf an, dass der Erwerbende an das Eigentumsrecht des Veräußerers, sei es dass ihm als solcher die KAG, sei es dass ihm die Depotbank entgetrtritt, ohne grob fahrlässige Nachlässigkeit glaubt. Da beide indessen Kaufleute im Sinne des HGB sind, genügt der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis gem. § 366 Abs. I HGB.

Zur Übertragung von Forderungen dagegen genügt ein einfacher Abtretungsvertrag gem. § 398 BGB.

Im Rahmen der ihr übertragenen Verfügungsgewalt ist die KAG zur Prozessführung aktiv und passiv legitimiert. Ihre Befugnis, insoweit im eigenen Namen vor Gericht auftreten zu können, folgt unmittelbar aus ihrer materiell-rechtlichen quasi-herrschaftlichen Beziehung zu den Gegenständen des Sondervermögens.

Ob man hier von einer - gesetzlichen - Prozesstandschaft sprechen soll, erscheint zweifelhaft 2). Das Vorliegen einer Prozesstandschaft ist dann zu bejahen, wenn einem Rechtsfremden, der sich einer materiell-rechtlichen Beziehung zum Gegenstand überhaupt nicht berühren kann, ein Rechtsstreit darüber ermöglicht werden soll. Hier aber kann sich die KAG als Verfügungsbefugte durchaus eines eigenen Rechtes, einer eigenen Beziehung zum Gegenstand hin erfreuen. Sie nimmt in einem Prozess, der selbst zwar keine Verfügung darstellt, indessen beinahe notwendig zu einer solchen führen muss 3), nicht nur ein fremdes, sondern ebenso gut ein eigenes Recht wahr. Mithin ergibt sich allein schon aus dem materiellen Gehalt der Ermächtigung ihre Berechtigung, die daraus fliessenden Befugnisse auch vor Gericht im eigenen Namen verteidigen zu können.

2. ÜBER DIE MÖGLICHKEIT EINER NEBEN DER GESETZLICHEN ERMÄCHTIGUNG ERTEILTEN VOLLMACHT

Ogleich der Gesetzgeber mit gutem Grund die Sondervermögensverwaltung durch die KAG nicht auf der Basis einer Vertretung, sondern durch Ermächtigung ge-

1) Vgl. dazu Palandt, a.a.O., zu § 929 Anm. 2 c.

2) Vgl. Rosenberg, a.a.O., S. 186 ff.

3) Vgl. u.a. Siebert, a.a.O., S. 262. Nach Siebert fließt die "Ermächtigung zur Geltendmachung" aus der materiellen Berechtigung über das Recht. Damit dürfte er der hier vertretenen Ansicht zustimmen.

regelt hat, ergibt sich daraus nicht ohne weiteres das Verbot einer nebenher laufenden vertraglichen Bevollmächtigung. Da es sich, wie bereits dargestellt, bei Vertretung und Ermächtigung um zwei verschiedenartige Eingriffsmöglichkeiten eines Dritten in den Rechtsbereich des Berechtigten handelt, deren eine die andere nicht von selbst mitumfasst 1), können beide auch nebeneinander bestehen. In diesem Falle ist es dem Befugten wahlweise überlassen, ob er als Vertreter oder im eigenen Namen als Ermächtigter auftreten will.

Unser Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, wie zu verfahren ist, wenn eine KAG in ihren Vertragsbedingungen eine derartige - alternative - Bevollmächtigung begehrt. Ein grundsätzlicher Ausschluss der vom Gesetz ausgeprochenen Ermächtigung und deren Ersetzung durch eine Vollmacht in etwa dem gleichen Umfang dürfte zwar ausgeschlossen sein; die Regelung der Vermögensverwaltung auf der Basis der Ermächtigung ist eine so wesentliche gesetzgeberische Entscheidung für das Kapitalanlagewesen, dass eine widersprechende Vereinbarung - abgesehen davon, dass sie wirtschaftlich unnötig, ja unsinnig wäre - aus rechtlichen Gesichtspunkten als gegen zwingendes Recht verstossend abgelehnt werden muss. Rechtlich erheben sich jedoch keine prinzipiellen Bedenken dagegen, dass eine die Ermächtigung des § 8 KAGG unberührt lassende alternative Vertretungsmacht verliehen wird.

In diesem Zusammenhang ist die Frage zu klären, inwieweit die den Anteilinhabern gem. § 17 Abs. III KAGG auferlegte gesetzliche Ausübungsschranke eine Bevollmächtigung hindert. Denn, so muss man argumentieren, prinzipiell können die Anteilinhaber sich willkürlich nur insoweit bei der Vornahme von Rechtshandlungen wirksam vertreten lassen, als sie rechtlich dazu selbst in der Lage wären. Fehlt ihnen dagegen selber die Verfügungsbefugnis, dann kann diese auch nicht von einem Dritten in ihrem Namen ausgeübt werden.

Man wird indessen die Ausübungsschranke des § 17 Abs. III KAGG nach der ratio legis auszulegen haben. Danach soll es den Anteilinhabern lediglich unmöglich gemacht werden, als Eigentümer unmittelbar selbst durch Rechtshandlungen in den Verwaltungsbereich der KAG einzugreifen. Es kommt also nur darauf an, dass der KAG die Möglichkeit erhalten bleibt, innerhalb des ihr zugedachten Rahmens ungestört und ausschliesslich über die zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände verfügen zu können. Ob die rechtliche Basis dafür durch eine Vertretung oder Ermächtigung geschaffen wird, ist für die Ausübungsschranke unwesentlich. Demnach reicht die Beschränkung des § 17 Abs. III KAGG auch nur so weit, als die Gefahr einer Behinderung der KAG besteht. Das ist jedoch dann nicht der Fall, wenn ihr neben der gesetzlichen Ermächtigung des § 8 Abs. I KAGG noch eine Vollmacht erteilt wird. Dadurch erhält die KAG die Möglichkeit zur Vornahme von Verfügungen auch namens der Anteilinhaber, ohne dass sich hiergegen aus § 17 Abs. III KAGG Bedenken erheben.

1) Vgl. oben S. 18 ff.

Dasselbe gilt entsprechend dann, wenn die Depotbank im Rahmen des § 11 Abs. VIII KAGG zur Vornahme von Rechtshandlungen berufen ist. Ohne Rücksicht auf die praktische Durchführbarkeit geht der Gesetzgeber des KAGG offensichtlich davon aus, dass wenigstens rechtlich die Vornahme einiger das Sondervermögen betreffende Rechtshandlungen auf die Anteilinhaber zurückfallen kann 1); das gilt besonders hinsichtlich der Auswirkungen des Verbotes aus § 8 Abs. II KAGG, z. B. bei der Heilung. Allerdings greift dann wieder die Beschränkung zugunsten der - übrigens nur sehr mangelhaft ausgestalteten - Befugnisübertragung an die Depotbank ein 2)).

Prinzipiell wird man also sagen können, dass sich der Umfang der den Anteilinhabern auferlegten Ausübungsschranke nach dem Umfang der Stellung und Berechtigung der KAG und Depotbank richtet, nicht aber umgekehrt. Die Ausübungsbeschränkung der Anteilinhaber dient einer ungehinderten Tätigkeit dieser beiden Funktionsträger. Die Frage, ob deren Tätigkeit auf der Grundlage einer Ermächtigung oder Vertretung erfolgt, ist demgegenüber unbedeutend.

Bei einer solchen Vorlage wird allerdings die zur Genehmigung der Vertragsbedingungen gem. § 14 Abs. II KAGG berufene Bankaufsichtsbehörde sorgfältig darauf zu achten haben, dass mit Hilfe der Bevollmächtigung nicht zwingende, dem Schutz der Anteilinhaber dienende Beschränkungen der Verfügungsgewalt umgangen werden können.

So wird insbesondere eine allgemeine Bevollmächtigung, etwa der Art, dass die KAG berechtigt sei, in allen das Sondervermögen betreffenden Verfügungshandlungen die Anteilinhaber zu vertreten, als mit dem Gesetz unvereinbar abgelehnt werden müssen. Andernfalls könnte die KAG bei Überschreitungen der ihr erteilten Ermächtigung, z. B. bei Zuwiderhandlungen gegen Abs. II und III des § 8 KAGG, namens der Anteilinhaber das Geschäft durch Genehmigung selbst wirksam werden lassen 3)). Das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB liesse sich dadurch ohne Schwierigkeiten umgehen, dass die kraft Vertretungsmacht zur Heilung des Verfügungsgeschäftes abzugebende Willenserklärung gem. § 182 BGB unmittelbar an den anderen Vertragsteil gerichtet wird (Heilung gem. § 185 Abs. II BGB). Dadurch wäre eine wegen der Vielzahl der Anteilinhaber sonst praktisch unmögliche Heilung einer Ermächtigungsüberschreitung ermöglicht.

Eine Vertretungsmacht der KAG ist also nur in dem Umfang unbedenklich, wie die Verfügungsermächtigung reicht. Nur dann ist die Gefahr gebannt, dass die KAG mit Hilfe ihrer Vertretungsmacht die ihr auferlegten Verfügungsbeschränkungen pa-

-
- 1) Vgl. Schuler, a. a. O., S. 1050; vgl. auch Dürre-Full, a. a. O., Anm. 5 zu § 11 KAGG, wo davon die Rede ist, dass die Depotbank die Anteilinhaber - man kann hinzufügen: nur - in gewissen Fällen "vertritt".
 - 2) Vgl. unten S. 101.
 - 3) Vgl. v. Spreckelsen, a. a. O., S. 104.

ralysiert. Indessen wird damit deutlich, dass ein praktisches Bedürfnis zu einer neben der Ermächtigung herlaufenden Vertretung nicht besteht. Die in § 8 KAGG ausgesprochene Ermächtigung genügt wirtschaftlich vollauf zur Durchführung der notwendigen Vermögensverschiebungen durch die KAG.

Hat sich die KAG aber keine Vertretungsmacht ausbedungen und tritt sie nunmehr als falsus procurator gem. § 177 BGB auf, dann besteht für sie, auch wenn das Geschäft materiell die ihr eingeräumte Verfügungsbefugnis nicht überschreitet, keine Heilungsmöglichkeit. Die KAG ist nur berechtigt, Verfügungen als Eigengeschäfte vorzunehmen. Die Genehmigung einer ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Verfügung würde dagegen die Anteilinhaber unmittelbar zu Geschäftsherren machen und überschreitet daher die Kompetenz der KAG 1). Da die Beiholung der Genehmigung aller Anteilinhaber praktisch ausgeschlossen ist, muss ein Auftreten der KAG als falsus procurator zu einem unheilbar nichtigen Rechtsgeschäft führen und nötigt zur Neuvernahme im eigenen Namen der Gesellschaft 2).

Im Rahmen der ihr erteilten Verfügungsmacht ist die KAG dagegen befugt, für sich selbst nach den allgemeinen Regeln weitere Unterermächtigungen zu erteilen oder sich bei der Ausübung der ihr übertragenen Rechtsausübung vertreten zu lassen 3).

3. ZUR FRAGE NACH EINEM DER KAG ÜBER DIE ERMÄCHTIGUNG HINAUS VERLIEHENEM VERWALTUNGSRECHT

Trotz aller die Verfügungsgewalt einschränkenden Bestimmungen erhält die KAG eine Machtfülle, welche die Geschicke des Sondervermögens weitgehend in ihre Hand legt. Die für die Dauer vorgesehenen globalen Befugnisse der KAG sprengen bei weitem den Rahmen einer für konkrete Einzelfälle erteilten Ermächtigung, wofür dieses Institut, manchmal als "Lückenbüsser" 4) bezeichnet, von Hause aus vorgesehen ist. Man kann hier ohne Weiteres von einer Generalermächtigung zur Vermögensverwaltung sprechen, um auf diese Weise die der KAG zuge dachte Rolle deutlich zu machen. In dem Begriff "Verwaltungsrecht" ist die Summe der der KAG gestatteten Handlungen am ehesten umrissen.

Auch unser Gesetz spricht in § 9 Abs. I KAGG expressis verbis von einer Verwaltung des Sondervermögens durch die KAG. Es fragt sich indessen, ob dieser Wendung eine selbständige rechtliche Bedeutung zukommt, ob es sich hierbei um

1) Vgl. oben S. 21.

2) Die Depotbank ist zu einer Heilung im Rahmen des § 11 Abs. VIII nicht befugt. Es handelt sich hierbei keineswegs um die Geltendmachung eines Rechts der Anteilinhaber gegen die KAG.

3) Vgl. auch oben S. 63.

4) Vgl. Lehmann, a. a. O., S. 313 ff. (nach Krückmann), vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 1233 Anm. 6.

einen rechtstechnischen Begriff handelt. Lässt sich, so lautet unsere Fragestellung, aus dem KAGG die gesetzliche Einräumung eines die Rechtsmacht der KAG bereits begründenden "Verwaltungsrechtes" im Sinne eines eigenständigen subjektiven Rechts entnehmen, oder handelt es sich hier nur um eine rechtlich irrelevante Zusammenfassung der aus anderen Vorschriften, insbesondere aus §§ 8, 9 KAGG, und den Vertragsbedingungen resultierenden Befugnisse? Handelt es sich bei den letztgenannten Vorschriften lediglich um Ausführungsbestimmungen zu einer bereits rechtswirksam durch Einräumung eines "Verwaltungsrechts" erteilten Gewalt, oder rechtfertigt sich die Macht der KAG allein aus jenen?

Bevor diese Frage entschieden werden kann, ist zunächst zu prüfen, ob sich die Vorstellung eines derartigen, aus sich selbst heraus verständlichen und nicht nur aus der Zusammenfassung mehrerer Einzelbefugnisse bestehenden subjektiven Rechts zur Verwaltung fremden Vermögens mit unserer Rechtsordnung vereinbaren lässt 1). Dabei ist in erster Linie nicht an ein schuldrechtliches Verhältnis mit alleiniger Geltung im Innenbereich zwischen zwei Partnern zu denken, sondern an ein herrschaftliches und mindestens quasi-dingliches Handlungsrecht auch nach aussen gegenüber Dritten. Hierdurch rückt die ganze Diskussion um die Möglichkeit eines Verwaltungsrechtes in die Nähe der Ermächtigung 2). Von der Beantwortung dieser Frage hängt im wesentlichen die Entscheidung darüber ab, ob auf diese Weise auch eine sonst mit unserer Rechtsordnung kaum vereinbare Verpflichtungsmacht zu Lasten des Vermögenseigners sowie eine Erwerbsermächtigung statt-haft wird.

Hirsch und im Anschluss daran Ludewig vertreten die Meinung, dass jedem

-
- 1) Vgl. dazu u. a. Siebert, a. a. O., S. 242 ff.; Schultze, a. a. O., S. 26, 73 ff.; vgl. auch die Arbeiten von Siber, dazu oben Anm. 2, S. 19 f., sowie Heinemann: Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen. Heinemann wirft in dieser Arbeit eine Reihe wesentlicher Fragen auf, z. B.: Ist das Verwaltungsrecht dinglich oder persönlich? (S. 506); handelt es sich um die alte Verfügungsmacht des Vollrechtsinhabers oder um eine völlig neue? (S. 508); woher erklärt sich die "Doppelwirkung" eines solchen Rechts? (S. 515); abzulehnen ist die von ihm auf S. 529 vertretene Ansicht, wonach derjenige, dessen Vermögen der Zwangsverwaltung durch einen anderen unterliegt, insoweit "geschäftsbeschränkt" wäre.
- 2) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 239; Heinemann in: Die Formen der Rechtsausübung, S. 375; Heinemann in: Die Verwaltungsrechte an fremden Vermögen, S. 515; v. Spreckelsen sieht den einzigen Unterschied zwischen Ermächtigung und einem Verwaltungsrecht darin, dass bei dem ersteren ein Gegenstand dauernd vorhanden sein muss, beim letzteren dagegen nicht; vgl. v. Spreckelsen, a. a. O., S. 27; Rhode spricht zwar von einem "Verwaltungsrecht", als deren Unterart er auch die Treuhand auffasst, empfiehlt zu dessen Deutung aber eine "Vertretung für ungenannt"; vgl. Rhode, a. a. O., S. 89 ff., insbesondere S. 91, vgl. dazu auch oben Anm. 3, S. 28.

Vermögensinhaber neben der Summe der Einzelbefugnisse an ihren Wertgegenständen ein selbständiges kompaktes Verwaltungsrecht zustände 1). Dieses Verwaltungsrecht soll nach ihnen auch selbständig übertragbar sein. Mit dieser Begründung versuchen sie im wesentlichen die Zulässigkeit der Verpflichtungsermächtigung zu rechtfertigen.

Gegen diese sehr verallgemeinernde Auffassung vom Bestehen eines allenthalben vorliegenden Verwaltungsrechtes sowie gegen das nach dieser Ansicht allgemein zulässige Institut der Verpflichtungsermächtigung erheben sich jedoch Bedenken. Mit Recht haben diese Gedanken keine Anerkennung gefunden. Unser Gesetz bietet keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass einem Eigentümer neben seinem dinglichen Vollrecht noch ein quasi-dingliches Verwaltungsrecht an seinem Gesamtvermögen zustehen soll. Auch die aus der Bejahung eines solchen Rechtes resultierenden Folgen sind alles andere als erfreulich. Damit könnten willkürliche Herrschaftsformen geschaffen werden, ohne dass man an die im 3. Buch BGB oder auch in § 185 BGB vorgeschriebenen Formen gebunden wäre.

Andererseits ist jedoch ein dringendes Bedürfnis unverkennbar, bei bestimmten vom Gesetz vorgeschriebenen Vermögensverwaltungen mit der Annahme eines eigenständigen apriorischen Verwaltungsrechtes an fremden Vermögen zu helfen; das gilt insbesondere in den Fällen, in denen eine Interessenkollision zu befürchten ist und mithin dem Verwaltenden eine weitgehend unabhängige, neutrale Position eingeräumt werden soll, also bei der Konkurs- und Nachlassverwaltung sowie bei der Testamentsvollstreckung. Der bekannte Streit über die Rechtsstellung dieser Verwalter zwischen der Amts- und der Vertretertheorie scheint immer noch nicht entschieden zu sein 2). In den genannten Fällen hat sich der Gesetzgeber, ohne auf Einzelheiten einzugehen, auf die ganz summarische, gleichsam in einem Paket gebündelte Übergabe der Vermögensverwaltungen beschränkt. Hinter der Entscheidung darüber, in wessen Namen der Verwalter aufzutreten hat - an sich nur eine Frage der Etikettierung -, steht das materiellrechtliche Problem, ob dem Vermögensverwalter ein Eigenrecht zugebilligt werden kann oder nicht.

Will man diese Frage bejahen, dann wird man sich dazu entschliessen müs-

-
- 1) Vgl. Hirsch, a. a. O., S. 187 ff.; Ludewig, a. a. O., S. 37 ff., insbesondere 39, 40. Vgl. dazu oben Anm. 2, S. 15, sowie Anm. 1, S. 16.
 - 2) Die beste Zusammenfassung dieses Theorienstreites befindet sich wohl nach wie vor bei Ernst Jaeger, Kommentar zur KO, 6. und 7. Aufl., 1931, 1. Band, zu § 6, S. 119 ff. - Der Vertretertheorie hängen u. a. an: Jaeger; Rosenberg (vgl. Rosenberg, a. a. O., u. a. S. 159); v. Tuhr; Enneccerus-Nipperdey; Cohn; Rhode. - Zur Amtstheorie vgl. insbesondere die Entscheidung RGZ 29, S. 29 ff., auch BGHZ 12, S. 386 (zum "custodian" des Besatzungsrechts), sowie v. Sprekelsen (a. a. O., u. a. S. 5); Schultze (a. a. O., u. a. S. 82); Siebert (a. a. O., u. a. S. 247). Im Ergebnis wohl auch Heinemann.

sen. ein Verwaltungsrecht als selbständiges, apriorisches, unmittelbar kraft Gesetzes und nicht nur aus der Zusammenfassung verschiedener Befugnisse bestehendes subjektives Rechtaufzufassen. Nur auf diese Weise ist es möglich, Befugnissen, die sich selbständig nicht begründen lassen - wie Verpflichtungshandlungen zu un-mittelbaren Lasten des Vermögens -, eine tragfähige gesetzliche Basis zu ver-schaffen. Dagegen ist es falsch, ein Verwaltungsrecht lediglich aus der Zusammen-fassung von Verfügungs-, Erwerbs- und Verpflichtungsermächtigung zu begrün-den 1). Vielmehr ist es dann so, dass sich die Summe der einzelnen Verwaltungs-befugnisse allein aus dem primären und eigenständigen Recht zur Verwaltung er-geben. Damit ist auch den Anhängern der Vertretertheorie das Argument genom-men, die Amtstheorie liesse sich im materiellen Recht nicht begründen 2). Wenn ein Verwaltungsrecht als ein ursprüngliches, im Gesetz begründetes ernst genom-men werden will, dann ist nicht recht einzusehen, warum es unbedingt von an-deren Institutionen unserer Rechtsordnung hergeleitet und dogmatisch gerechtfertigt werden sollte. Niemand wird auf den Gedanken kommen, beispielsweise das Eigentum durch andere Institutionen rechtfertigen zu wollen. Eine solche Existenz-berechtigung braucht ein im Gesetz vorgesehenes Recht nicht nachzuweisen. So-lange man glaubt, ein subjektives Verwaltungsrecht durch andere Institutionen rechtfertigen zu müssen, bleibt es in Frage gestellt. Wenn sich die Verwaltung eines Fremdvermögens in mehrere selbständige Einzelrechte auflösen lässt, kann in der Tat von einem aus sich selbst heraus eine Einheit bildenden Verwaltungs-recht in unserem Sinne keine Rede sein 3).

Ein Verwaltungsrecht in der von uns angestrebten eigenständigen Bedeutung lässt sich gedenklich durchaus vorstellen. Bedingung für eine Anerkennung im Rahmen unserer Rechtsordnung ist allerdings, dass sich Anhaltspunkte für das Vor-liegen eines derartigen Rechtes in unseren Gesetzen finden lassen. Denn da der Gesetzgeber frei ist, kann er auch neue und zunächst ungewohnte Rechtsinstitutio-nen schaffen. In den Vorschriften über die Testamentsvollstreckung, die Nachlass- und die Konkursverwaltung lässt sich durchaus die gesetzliche Begründung eines derartigen selbständigen Verwaltungsrechtes erblicken und damit die Einwendung der Vertretertheorie, dass es ohne eine Vertretung materiellrechtlich gar nicht ginge, entkräften.

Dagegen bleibt die Annahme eines Verwaltungsrechtes auf die im Gesetz vorgesehenen Fälle beschränkt. Die willkürliche Schöpfung eines derartigen sub-jektiven Rechts ist ausgeschlossen.

Nachdem sich also keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Annahme eines

-
- 1) So geht v. Spreckelsen vor. Vgl. a. a. O., u. a. S. 41, 42; 96; 103, 104. Die Erwerbsermächtigung wird, ebenso wie die Verpflichtungsermächtigung, von der wohl überwiegenden Meinung abgelehnt.
 - 2) So insbesondere Jaeger.
 - 3) Dieser Vorwurf richtet sich vor allem gegen v. Spreckelsen.

unmittelbar aus dem Gesetz hervorgehenden Verwaltungsrechts erheben, bleibt festzustellen, ob in unserem Falle das KAG die Fundamente zur Bejahung eines solchen Rechtes enthält.

Diese Frage ist zu verneinen. Aus der blossen Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständig erteilter Einzelbefugnisse ergibt sich noch kein neues Recht. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber hier eine rechtlich relevantes Verwaltungsrecht erteilen wollte, sind nicht gegeben. Vielmehr bedeutet das, wenn man von der Vermögensverwaltung durch die KAG spricht, nur eine rechtlich irrelevante Summierung der einzelnen, gesetzlich gesondert erteilten Befugnisse. Anders als bei der Testamentsvollstreckung oder bei der Konkursverwaltung ist der KAG nicht ein Verwaltungsrecht in einem zusammengehörenden und nicht auflösbaren Paket überreicht, sondern die einzelnen unter dem Oberbegriff der Vermögensverwaltung zusammenfassbaren Rechtshandlungen haben ihre gesonderte Regelung erfahren 1).

1) Vgl. schon oben S. 8 a. E. f.

ZWEITER ABSCHNITT

Das gesetzliche Verfügungsverbot und die relative Unwirksamkeit
nach § 8 Abs. II KAGG

1. ZUM INHALT DES § 8 Abs. II KAGG

Während Abs. I des § 8 KAGG die Fülle der Herrschaftsgewalt an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen der KAG übergibt, ist in Abs. II eine gesetzliche Anordnung geschaffen, welche die Vornahme einer ganzen Reihe von Verfügungshandlungen untersagt. Im einzelnen zählt das Gesetz auf, dass Verpfändungen und alle sonstigen Belastungen, Sicherungsübereignungen und Sicherungsabtretungen nicht vorgenommen werden dürfen. Bereits oben wurde darauf hingewiesen, dass damit praktische alle Verfügungen ausser den Veräusserungen unter einem gesetzlichen Verbot stehen 1).

Liest man nur den ersten Satz der vorliegenden Textstelle, der das eigentliche Verbot ausspricht, dann wird man der Ansicht zuneigen, dass hier lediglich eine obligatorische Bindung der KAG verordnet wird; die Verwendung des Verbums "dürfen" weist darauf hin, dass die KAG persönlich betroffen werden soll, während ihre Verfügungsmacht unberührt bleibt. Ein Verstoss gegen dieses Verbot bewirkt dann nur, dass die betreffende Verfügung unstatthaft ist, ohne dass damit ihre Wirksamkeit in Frage gestellt wäre 2).

Indessen verordnet der Satz 2 des Abs. II für den Fall der Zuwiderhandlung gegen das in Satz 1 enthaltene Verbot eine die Verfügung unmittelbar betreffende Sanktion, die sich allein durch eine obligatorische Bindung der KAG schwerlich erklären lässt. Hier wird nämlich festgesetzt, dass eine dem Verbot widersprechende Verfügung den Anteilinhabern gegenüber relativ unwirksam ist. Mit dieser Anordnung ist der äusserste Anwendungskreis persönlich treffender Verbote überschritten: der Gesetzgeber nimmt hier kraft seiner Autorität einen Eingriff vor, welcher die Herrschaftsgewalt der KAG selbst mit Auswirkungen gegenüber Dritten berührt. Die Art und Weise dieses Eingriffes ist um so erstaunlicher, als hierdurch nicht etwa das ganze widerstrebende Rechtsgeschäft für nichtig erklärt wird, sondern die Unwirksamkeit nur gegenüber einem ganz bestimmten Personenkreis eintreten soll, während ansonsten die Verfügung ihre volle Wirksamkeit behält. Damit ist zunächst die Frage aufgeworfen, ob die in Abs. II getroffene Anordnung die Verfügungsbefugnis, die der KAG in Abs. I nach Massgabe des Gesetzes erteilt ist, unmittelbar beschränkt, oder ob hier nur ein Verbot ergeht, welches die Rechtsmacht an sich unberührt lässt.

Es geht also darum, zu klären, ob dieser einer verbotswidrigen Verfügung anhaftende Mangel, der die gewünschten Rechtsfolgen nur zum Teil eintreten lässt,

1) Vgl. oben S. 53.

2) Vgl. Raape in: Das gesetzliche Veräusserungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1908, S. 14 ff.

auf einen Mangel der Verfügungsgewalt selbst zurückzuführen ist oder anders erklärt werden muss. Ist hier, trotz einer Verwendung des Wortes "dürfen" im 1. Satz, die Verfügungsmacht, das rechtliche Können der KAG unmittelbar beschränkt, wird die in Abs. I erteilte Befugnis unmittelbar berührt oder nicht?

2. DIE PARALLELITÄT DER VORSCHRIFTEN DES § 8 Abs. II KAGG UND DES § 135 BGB

Die Frage, auf welche rechtlichen Ursachen die eigenartigen Folgen einer relativen d. h. nur bestimmten Personen gegenüber geltenden Unwirksamkeit zurückzuführen sind, lässt sich am besten im Hinblick auf das zu § 135 BGB Erarbeitete beantworten 1).

§ 135 BGB Abs. I Satz 1 bestimmt ganz allgemein, dass Verfügungen, die einem gesetzlichen Veräußerungsverbot zuwider vorgenommen werden, nur bestimmten Personen gegenüber unwirksam sind, falls nur diese geschützt werden sollen. Zwar ist in dieser Bestimmung ausdrücklich nur von Veräußerungen die Rede, es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass dasselbe gelten muss, falls ein gesetzliches Belastungsverbot angeordnet wird 2).

Die Vorschrift des § 135 BGB ist ihrem ganzen Inhalt nach nur eine subsidiäre. Sie findet erst dann Anwendung, wenn auf Grund einer anderen Anordnung feststeht, dass ein Verbot zum Schutze bestimmter Personen vorliegt. Diese Feststellung stösst in der Regel auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten; nach überwiegender Ansicht befinden sich z. B. im BGB überhaupt keine derartigen Verbotsgesetze 3), so dass das Hauptanwendungsgebiet des § 135 BGB bei den Fällen gerichtlicher Zwangsverfügungen (§ 136 BGB) liegt.

Diese Schwierigkeit besteht bei § 8 Abs. II KAGG nicht. Hier ist eine Zusammenziehung in der Weise erfolgt, dass im ersten Satz das Verbot und sogleich

-
- 1) Vgl. dazu insbesondere Knoke: Zur Lehre vom relativen Veräußerungsverbot, Berlin 1910, (Sonderabdruck aus Festgabe für Güterbock); Strohal: Über relative Unwirksamkeit, Wien 1911; Schachian: Die relative Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, Berlin 1910; sowie Raape im obengenannten Werk.
 - 2) "Veräußerungsverbot" im Sinne dieser Vorschrift bedeutet "Verfügungsverbot". So Schachian, a. a. O., S. 29; darüber, dass ein Veräußerungsverbot incidenter ein Belastungsverbot enthält, vgl. u. a. Ramdohr: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB - Fortsetzung in Gruchot 44 (Berlin 1900) § 2 S. 324 - 338; hier S. 325.
 - 3) Von den Vorschriften der §§ 1124, 1126 BGB, die eine eigenständige Bedeutung haben, abgesehen; vgl. Palandt, a. a. O., zu § 135, sowie Staudinger, a. a. O., zu § 135, Anm. 16. - Im übrigen vgl. dazu Schachian, a. a. O., S. 85 ff., S. 90 (zu § 2211 BGB); auch Oertmann, a. a. O., u. a. S. 207 (zu §§ 1058, 1248 BGB).

danach im zweiten eine im wesentlichen der Vorschrift des § 135 BGB nachgebildete Sanktion verhängt wird. Damit erübrigt sich eine Prüfung der Frage, ob es sich in unserem Falle überhaupt um ein "relatives" Verfügungsverbot handelt. Durch die Anordnung der relativen Unwirksamkeit in Satz 2 werden auch die letzten Zweifel daran, dass es sich bei dem Inhalte des Satzes 1 unserer Textstelle um ein gesetzliches Verbot zum Schutze bestimmter Personen handelt, beseitigt 1).

Aus dem Vorliegen eines Verbotsgesetzes ergibt sich aber auch, dass bei Zuwiderhandlungen, ungeachtet der anderweitigen Folgen kraft relativer Unwirksamkeit, eine Regresspflicht des verbotswidrig Verfügenden gem. § 823 Abs. II BGB eintritt 2).

Auf Grund des Nebeneinanders von Verbot einerseits (Satz 1) und teilweiser Sanktionsversagung andererseits (Satz 2) in § 8 Abs. II KAGG kann zu der von Raape vertretenen Ansicht Stellung genommen werden, ob ein Verbot mit Hilfe des § 135 BGB in eine "relative Verfügungsbeschränkung umzudeuten" ist 3); die von Raape vertretene Ansicht kommt zu dem Ergebnis, dass das Verbot durch diese Umdeutung konsumiert wird und ihm nunmehr keinerlei Bedeutung mehr zukomme. Folgt man dieser Anschauung, dass muss eine Anwendbarkeit des § 823 Abs. II BGB bezweifelt werden. Denn das Verbot ist durch die Umdeutung bereits verbraucht.

Diese Ansicht ist mindestens im Bereiche des § 8 Abs. II unzutreffend. Durch die in Satz 2 verordnete relative Unwirksamkeit wird das Verbot in keiner Weise neutralisiert und aufgehoben. Es tritt vielmehr etwas Neues und Andersartiges hinzu. Es handelt sich hier also um ein Verbot, das zweifach gestaffelte Folgen nach sich ziehen kann: falls der Schaden nicht schon durch die relative Unwirksamkeit behoben ist, kann der Geschützte gegen den Verpflichteten nach § 823 Abs. II BGB vorgehen 4).

Die Vorschrift des § 8 Abs. II ist in sich abgeschlossen, sie bedarf keiner subsidiären Anwendung des § 135 BGB. In ihr ist nebeneinander sowohl das gesetzliche Verbot als auch die relative Unwirksamkeit ausgesprochen. Das Verhältnis des

-
- 1) Vgl. dazu auch Siara-Tormann, a. a. O., Anm. II zu § 8; Dürre-Full, a. a. O., zu § 8 Abs. II.
 - 2) Vgl. Staudinger, a. a. O., zu § 135 Anm. 19.
 - 3) Vgl. Raape, a. a. O., S. 21, 38, 78, 79. Raape widerspricht sich, wenn er trotz dieser Konsumtion des Verbots durch Umdeutung im Ergebnis einer Schadenersatzverpflichtung des Verbotsbetroffenen zustimmt.
 - 4) Der Unterschied zwischen dem Verbot, das sich allein an den Verpflichteten persönlich wendet, und der völlig getrennt davon zu behandelnden Frage der Verfügungsbeschränkung ist im Ergebnis wohl auch in den Untersuchungen von Ramdohr, a. a. O., S. 326 ff., angesprochen. Diese Trennung demonstriert sich in der nebeneinander herlaufenden Formulierung der Sätze 1 und 2 unserer Textstelle.

§ 135 BGB zu ihr ist also nicht das einer Subsidiarität, sondern einer Parallelität 1). Die Rechtsprobleme beider Vorschriften sind indessen die gleichen.

I. DIE RELATIVE WIRKSAMKEITSVERSAGUNG DURCH SINGULÄREN EINGRIFF DES GESETZGEBERS

1. DAS WESEN DER SINGULARITÄT

Damit ein Rechtsgeschäft die gewünschten Folgen herbeiführen kann, müssen in der Person des Handelnden eine ganze Reihe Voraussetzungen erfüllt sein: er muss geschäftsfähig sein, ihm muss das Recht, über das er verfügen will, zu stehen etc.. Man kann alle diese Umstände, von denen unsere Rechtsordnung die Wirksamkeit einer Rechtshandlung abhängig macht, als reguläre Wirksamkeitsvoraussetzungen bezeichnen 2). Zur regulären Rechtsentfaltung des einzelnen Rechtsgenossen gehören auch Gestaltungen, mit denen er selbst das einzelne Rechtsgeschäft ausstatten kann, z.B. Bedingungen, Befristungen etc.. Schliesslich gehört zur allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzung eines Rechtsgeschäftes auch, dass das Rechtssubjekt nicht durch Rechte und Berechtigungen anderer, z.B. durch ein Zustimmungserfordernis seitens eines Dritten, an der alleinigen Vornahme einer Rechtshandlung gehindert ist 3).

Neben dem grossen Kreis der Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft wegen Mangels einer regulären Wirksamkeitsvoraussetzung nicht zustande kommen kann, gibt es jedoch auch Rechtshandlungen, denen der gewünschte Erfolg versagt bleibt, weil die Rechtsordnung durch eine zweckgezielte und begrenzte Anordnung ihre Sanktion verweigert. Der Gesetzgeber ist auf Grund seiner Autorität durchaus in der Lage, einem Rechtsgeschäft seine Zustimmung zu versagen und es damit zu Fall zu bringen. Dazu ist nicht einmal erforderlich, dass er die Rechtsmacht des betreffenden Rechtssubjekts antastet. Vielmehr ist es ihm möglich, unerwünschte Folgen einer Rechtshandlung auszuschliessen, ohne dass er damit die Rechtssubstanz angreift oder dem von seiner Anordnung betroffenen Rechtsgenossen die Rechtsmacht entzieht. Der Gesetzgeber kann durch singulären Eingriff von aussen den Eintritt von Rechtsfolgen ausschliessen, auch ohne die privatautonome Macht des betroffenen Rechtssubjekts zu beschneiden. Derartige, nur die äusserste Kruste der Machtentfaltung des einzelnen Rechtsgenossen treffende Eingriffe erweisen sich dann als zweckmässig, wenn der Gesetzgeber kein weiteres Interesse daran hat,

-
- 1) Ähnlich verhält es sich in den genannten Fällen der §§ 1124, 1126 BGB.
 - 2) Raape, a. a. O., S. 23 ff.
 - 3) Vgl. dazu BGHZ 13, S. 179 ff.; Raape, a. a. O., S. 135 ff.; Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 1213; vgl. auch Strohal, a. a. O., S. 18; ebenso Oertmann, a. a. O., S. 141 ff..

die Rechtssubstanz selbst anzutasten, sondern es damit bewenden lassen kann, lediglich die Folgen eines unerwünschten Geschäftes zu hindern 1).

Ein solcher singularer Eingriff des Gesetzgebers stellt sich dann nur als eine Schranke in der Schranke 2) dar. Die Rechtsmacht des Betroffenen wird hierdurch in keiner Weise beschnitten. Man kann in diesen Fällen nicht einmal von einer "Ausübungsschranke" in dem von Hirsch gemeinten Sinne sprechen; denn dort wird dem Rechtsträger wirklich etwas von seiner konkreten Machtbefugnis genommen, er kann nicht mehr verfügen. Hier aber bleibt sowohl die abstrakte als auch die konkrete Rechtsmacht dem Betroffenen im vollen Umfange erhalten. Er kann weiterhin von ihr Gebrauch machen, nur muss er dann in Kauf nehmen, dass die gewünschten Folgen nicht voll eintreten.

Ob im Einzelfall die Unwirksamkeit eines Geschäftes auf dem Mangel einer regulären Wirksamkeitsvoraussetzung oder auf einer singularen Wirksamkeitsverletzung beruht, ist nicht immer leicht festzustellen. Man wird sich hier tunlichst daran zu halten haben, dass die Frage nach einem singularen Verbot erst dann gestellt werden kann, wenn alle regulären Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Denn was ohnehin nicht möglich ist, braucht man nicht noch zu verbieten 3). Erst wenn feststeht, dass der Wirksamkeit keine regulären Mängel im Wege stehen, lohnt es sich für den Gesetzgeber, ein singuläres Verbot auszusprechen. Umgekehrt kann ein singularer Eingriff des Gesetzgebers nur dort angenommen werden, wo die reguläre Rechtsmacht des Betroffenen davon unberührt bleibt 4).

2. SINGULARITÄT UND RELATIVITÄT

Das singuläre Verfügungsverbot führt also zu einer von aussen errichteten Schranke, welche das Wirksamwerden eines Rechtsgeschäftes hemmt, ohne das rechtliche Vermögen und Können des Betroffenen in Mitleidenschaft zu ziehen. Durch eine derartige Wirksamkeitsbeschränkung können die normalen Folgen einer Rechtshandlung in beliebiger Form eingedämmt werden; so ist es ohne weiteres möglich, dass ein Rechtsgeschäft teilweise unwirksam 5) ist und teilweise bestehen bleibt.

-
- 1) Über den Charakter der Singularität vgl. Raape, a.a.O., S. 22 ff., insbesondere S. 30; zustimmend Oertmann, a.a.O., S. 249, 250. Bei Schachian, a.a.O., ist eine klare Stellungnahme zu diesem Fragenkreis nicht zu erkennen; so scheint er auf S. 180 wenigstens mittelbar das Wesen der Singularität richtig erkannt zu haben; unklar äussert er sich dagegen auf S. 45 (zu § 161 BGB), 60 und 90 ff.
 - 2) So Raape, a.a.O., S. 28; auch Oertmann, a.a.O., S. 142, anerkennt, dass hier keine reguläre Ausübungsschranke vorliegt.
 - 3) Vgl. Raape, a.a.O., S. 16.
 - 4) So im Ergebnis auch Raape.
 - 5) Die Begriffe "nichtig" und "unwirksam" sind tunlichst voneinander zu unterscheiden. Von "nichtig" kann man nur bei einer absoluten Unwirksamkeit ohne Hei-

Nur mit Hilfe einer singulären Wirksamkeitsbeschränkung lassen sich Rechtsgestaltungen vorstellen, bei denen die Folgen eines Rechtsgeschäftes gegenüber bestimmten Personen in vollem Umfange eintreten, gegenüber anderen jedoch nicht 1). Es ist schlechterdings unvorstellbar, dass eine derartige Wirksamkeitsspaltung allein schon in der regulären Verfügungsmacht des Betroffenen begründet liegt. Die reguläre Verfügungsmacht eines Rechtssubjekts lässt sich nicht in der Weise ausgestalten, dass mit ihr gegenüber bestimmten Personen dinglich-absolute Rechtsübertragungen vorgenommen werden können, die gegenüber anderen Personen unwirksam sind. Vielmehr bedarf der Betroffene, um seine Verfügung überhaupt wirksam werden zu lassen, auch dann der Fülle seiner regulären Rechtsmacht, wenn das Geschäft nicht gegenüber allen Personen Wirksamkeit erlangt. Der Mangel einer regulären Verfügungsvoraussetzung führt immer, sei es zu einer endgültigen, sei es zu einer schwebenden, absoluten Unwirksamkeit 2). Eine relative Unwirksamkeit kann nur und ausschliesslich durch einen von aussen kommenden singulären Eingriff hervorgerufen sein.

Das bedeutet im einzelnen, dass vor einer Anwendung des § 135 BGB sorgfältig geprüft werden muss, ob eine singuläre Wirksamkeitsschranke zum Schutze einer bestimmten Person vorliegt oder ob es nicht schon an einer regulären Wirksamkeitsvoraussetzung mit absoluter Unwirksamkeit als Folge mangelt. Letzteres ist z. B. insbesondere dann der Fall, wenn ein Rechtsgeschäft unter einer Bedingung vorgenommen wurde oder schwebend unwirksam ist, da zur Gültigkeit die Zustimmung eines Dritten erforderlich ist. Das verkennt Strohal völlig, wenn er z. B. die Fälle des § 876 BGB der relativen Unwirksamkeit nach § 135 BGB zuordnen will 3). Überall da, wo die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes von der Einholung einer Zustimmung abhängig ist, können in deren Ermangelung Rechtsfolgen gegen niemanden eintreten.

Fortsetzung der Anmerkung 5), Seite 79:

lungsmöglichkeit sprechen. Vgl. dazu u. a. Knoke, a. a. O., S. 404 ff., insbesondere S. 406; Strohal, a. a. O., S. 2 ff.; ebenso Schachian, a. a. O., S. 178 ff., insbesondere S. 187, wo er feststellt, dass aus der Begriffsverwendung des BGB keine materiellen Schlüsse zu ziehen sind. In der Tat trennt der Gesetzgeber bei der Verwendung der genannten Worte nicht immer scharf voneinander, vgl. dazu die Übersicht bei Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, § 202 (S. 1209 ff.)

-
- 1) So auch Raape, a. a. O., S. 22 ff.; Oertmann, a. a. O., S. 249 ff.; vgl. aber den interessanten Fall bei Strohal, a. a. O., S. 38, den man indessen m. E. nicht unter dem Gesichtspunkt einer echten relativen Rechtsgestaltung zu lösen hat.
 - 2) Vgl. u. a. bei Raape, a. a. O., S. 135 ff., 123 ff., 29.
 - 3) Vgl. Strohal, a. a. O., S. 25 ff., 29 (zu §§ 1071, 1276 BGB); richtiger Ansicht Raape, a. a. O., S. 12 f.; auch Ramdohr, a. a. O., verkennt die Bedeutung der Singularität (z. B. hinsichtlich der §§ 137, 399 BGB), S. 328. Dagegen Schachian, a. a. O., S. 31.

Es soll nicht verkannt werden, dass unsere Gesetze Fälle aufweisen, in denen regulärer Rechtsmachtentzug und singuläre Wirksamkeitsbeschränkung miteinander in Konkurrenz zu treten scheinen 1). Das interessanteste Beispiel hierfür bieten wohl die §§ 6, 7 KO. In § 6 wird dem Gemeinschuldner die konkrete Ausübungsbefugnis entzogen - damit mangelt es ihm an einer regulären Voraussetzung zur Vornahme von Verfügungen über die zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände -, in § 7 dagegen wird eine relative Unwirksamkeit, die nur auf Grund eines singulären Verbotes bewirkt werden kann, verordnet. Die Rechtsprechung hat sich bekanntlich richtig dafür entschieden, dass dem § 7 keine materielle Bedeutung zukommen kann, sondern dass Verfügungen des Gemeinschuldners schon auf Grund der Vorschrift des § 6 KO absolut nichtig sein müssen 2). Man kann nicht umhin, festzustellen, dass es sich bei den Formulierungen der §§ 6, 7 KO um einen logischen Fehlgriff des Gesetzgebers handelt, der durch die Rechtspraxis ausgeglichen worden ist.

Ein Zusammentreffen von regulärer und singulärer Beschränkung auf einen Tatbestand bringt aller dings für die rechtsprechende Praxis den Vorteil mit sich, dass man sich hier aus praktischen Erwägungen für die Anwendung des einen oder des anderen entschliessen kann. Unmöglich ist es dagegen, beide Möglichkeiten miteinander zu verbinden; das Fehlen einer regulären Voraussetzung schliesst die weitere Verwendung eines singulären Verbotes aus, während die Anwendung eines singulären Verbotes nicht zum Mangel einer regulären Wirksamkeitsvoraussetzung führen kann.

Die sorgfältige Unterscheidung zwischen regulärer und singulärer Beschränkung ist bei der Frage, ob zu eine relative Unwirksamkeit eintritt von hervorragender Bedeutung; denn nur ein singulärer Eingriff kann eine relative Rechtsgestaltung erzeugen 3). In den Fällen der absoluten Nichtigkeit nach § 134 BGB tritt die Notwendigkeit einer deutlichen Unterscheidung dagegen zurück, da hier allemal absolute Unwirksamkeit die Folge ist 4).

Bekanntlich kennt unsere Rechtsordnung auch Fälle, die zu einer relativen

- 1) Vgl. dazu Schachian, a. a. O., S. 106, 107.
- 2) Zu §§ 6, 7 KO vgl. RGZ 71, S. 38 ff. Ein echtes relatives Verbot nimmt an: Raape, a. a. O., S. 103 ff.; vgl. auch Oertmann, a. a. O., S. 145. Schachian, a. a. O., S. 109 ff., insbesondere S. 111, 123 ff., bekennt sich zu einer Relativität, die im Ergebnis einer absoluten Unwirksamkeit gleichkäme (vgl. unten Anm. 2, S. 90); von einer "Sonderregelung" spricht der BGB-Kommentar von Soergel-Siebert, 1. Band, Stuttgart 1959, zu § 134/135, Anm. 4; vgl. auch Strohal, a. a. O., S. 65 f..
- 3) Wobei man zunächst unterstellen muss, dass es überhaupt zu einer relativen Rechtszuständigkeit kommen kann.
- 4) Das wird auch in den Untersuchungen von Raape erkennbar. Vgl. Raape, a. a. O., S. 31 ff., insbesondere S. 33.

Rechtsgestaltung führen sollen, ohne dass ein ausdrückliches Verfügungsverbot ausgesprochen ist. Gerade bei der Vormerkung - aber auch bei der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung - wird die reguläre Verfügungsmacht des Betroffenen in keiner Weise beschnitten, das Grundbuch nicht gesperrt etc. 1). Dennoch kann eine trotz der Vormerkung vorgenommene Verfügung die gewünschten Rechtsfolgen nicht herbeiführen, soweit dadurch die Rechte des geschützten Dritten gefährdet würden. Gerade die Vormerkung und die Beschlagnahme im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren machen deutlich, dass eine relative Unwirksamkeit nur auf Grund einer singulären Wirksamkeitsschranke, welche die Verfügungsmacht des Betroffenen völlig unberührt lässt, möglich ist. Von hier aus kommt Raape zu dem richtigen Ergebnis, dass es sich bei einem relativen Verfügungsverbot, das ebenfalls die dingliche Herrschaftsbefugnis des Betroffenen im wesentlichen unberührt lässt und lediglich zu einer Unwirksamkeit gegenüber einer bestimmten Person führt, grundsätzlich nicht anders verhalten kann 2). Die Ähnlichkeit der beiden Gruppen und damit die Annahme, dass es sich hier um verschiedene Varianten des gleichen Rechtsgedankens handelt, liegt auf der Hand. Als Oberbegriff für die genannten Gruppen, den relativen Verfügungsverboten einerseits und denjenigen Fällen, die ohne Verbot zu einer relativen Rechtsgestaltung führen, dürfte sich die Verwendung des Titels "singuläre Wirksamkeitsbeschränkung" empfehlen. Eine Kennzeichnung der Vormerkung als "qualifiziertes Veräußerungsverbot" 3) wird dagegen der Unterschiedlichkeit von Verbot und Vormerkung nicht ganz gerecht. Diese Bezeichnung erklärt sich bei Raape wohl dadurch, dass er bemüht ist, eine selbständige Bedeutung des relativen Verbotes überhaupt zu leugnen und durch Umdeutung völlig zu verbrauchen 4). Vormerkung und relatives Verfügungsverbot berühren sich in- dessen nicht in ihrer Eigenschaft als Verbot, sondern durch ihre mittels eines singulären Eingriffes erklärbare relative Wirksamkeitsbeschränkung.

3. DIE BESTIMMUNG DES § 8 Abs. II Satz 2 KAGG ALS SINGULÄRE WIRKSAMKEITSBESCHRÄNKUNG

Die vorstehenden Untersuchungen über das Wesen und die Bedeutung eines

- 1) Vgl. Raape, a. a. O., S. 107 ff. Raape baut seine Untersuchungen überhaupt von der Vormerkung und Beschlagnahme im Zwangsverfahren auf; dagegen Strohal, a. a. O., S. 59 ff., 62.
- 2) Vgl. dazu Raape, a. a. O., S. 109; Schachian, a. a. O., S. 103 ff., sowie kritisch Strohal, a. a. O., S. 59, 60.
- 3) Raape, a. a. O., S. 109. Im Ergebnis zustimmend Knoke, a. a. O., S. 419 ff.; eine Ähnlichkeit bejaht RGZ 113, S. 408; vgl. auch Schachian, a. a. O., S. 70 ff., S. 74, Anm. 7; dagegen Staudinger, a. a. O., Anm. 41, zu § 883 BGB.
- 4) Vgl. oben S. 77 a. E. f.

singulären Verfügungsverbot, insbesondere in den Fällen einer gesetzlich verordneten relativen Unwirksamkeit, erweisen sich auch hinsichtlich des § 8 Abs. II KAGG als einzig mögliche Erklärung der durch diese Vorschrift bewirkten Rechtslage. Nur so wird die wohldurchdachte Formulierung des Satzes 1 dieser Textstelle, durch die der KAG persönlich verboten wird, Belastungen an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen vorzunehmen verständlich; die Rechtsmacht der KAG, sei es, dass sie auf einer Ermächtigung, sei es, dass sie auf treuhänderischem Eigentum beruht, wird weder hierdurch noch durch die im folgenden verordnete relative Unwirksamkeit bei Zuwiderhandlungen berührt; sie bleibt vielmehr in vollem Umfange erhalten, so dass die KAG nach wie vor verbotswidrige Verfügungen vornehmen kann. Durch die Anordnung einer relativen Unwirksamkeit wird mithin die in Abs. I erteilte Verfügungsmacht umfangmässig nicht eingegrenzt. Diese Unwirksamkeit beruht vielmehr auf einem ganz andersartigen, von aussen kommenden singulären Eingriff, welcher das Wirksamwerden einer verbotswidrigen Verfügung beschränkt 1).

4. ZUR FRAGE DER ZULÄSSIGKEIT EINER REGULÄREN, DIE VORSCHRIFT DES § 8 Abs. II KAGG ABLÖSENDEN VERTRAGLICHEN VERFÜGUNGSBESCHRÄNKUNG

Im Anschluss an die im 1. Abschnitt angestellten Überlegungen stellt sich hier die Frage, ob die dort zur grundsätzlichen Ablehnung vertraglicher Verfügungsbeschränkungen im Falle der Miteigentumlösung vorgetragenen Argumente auch für den Fall überzeugen, dass KAG und Anteilhaber in den Vertragsbedingungen eine absolute Verfügungsbeschränkung hinsichtlich der nach Abs. II verbotenen Belastungen vereinbaren 2).

Diese Frage kann allerdings nur im Falle der Miteigentumlösung gestellt werden. Denn lediglich in diesem Falle bestehen allein aus praktischen Erwägungen resultierende Bedenken gegen derartige vertragliche Abmachungen; Rechtshindernisse dagegen sind sowieso im Falle der Treuhandlösung gegeben, womit für diesen Fall die Möglichkeit derartiger regulärer Verfügungsbeschränkungen von vornherein wegfällt 3). Hier sind die Anteilhaber allein auf den ihnen vom Gesetz gewährten Schutz angewiesen.

Im Falle der Miteigentumlösung indessen wird man zugeben müssen, dass Bedenken gegen ein vertragliches reguläres Belastungsverbot nicht bestehen. Der

1) Vgl. dazu nochmals Raape, a. a. O., S. 77, 81, sowie oben Anm. 3, S. 80. Strohal würde dagegen wohl einen regulären Rechtsmachtentzug annehmen. Vgl. Strohal, a. a. O., S. 46, 51 (Abgeschwächte Macht). Den Ansichten von Strohal kann im wesentlichen nicht gefolgt werden.

2) Vgl. oben S. 58 ff.

3) Vgl. oben S. 54 ff.

Gesetzgeber hat durch die Bestimmungen des Abs. II zu verstehen gegeben, dass Belastungen und Sicherungsübereignungen bzw. -abtretungen grundsätzlich unerwünscht sind, auch wenn er glaubte, seinen Zweck erreichen zu können, indem er hier nur ein singuläres Verbot mit relativer Unwirksamkeit als Folge verordnete. Das schliesst indessen nicht aus, dass die Beteiligten vertraglich in Ausnutzung der ihnen durch Abs. I gebotenen Möglichkeiten ausnahmsweise eine absolute Beschränkung der regulären Macht der KAG verabreden. Die Folge davon ist allerdings auch eine absolute Unwirksamkeit der widerstreitenden Verfügungen, für eine Anwendung des Abs. II ist in diesen Fällen kein Raum mehr.

II. DIE RECHTSFOLGEN EINER GEGENÜBER EINER BESTIMMTEN PERSON UNWIRKSAMEN VERFÜGUNG

1. DAS PROBLEM DER GETEILTEN RECHTSZUSTÄNDIGKEIT

a) Die geteilte Rechtszuständigkeit als unmittelbare Folge einer relativ unwirksamen Verfügung bei wörtlicher Auslegung der einschlägigen Vorschriften

Nachdem zunächst zu klären war, welcher Art der gesetzgeberische Eingriff des § 8 Abs. II KAGG ist, muss nunmehr eine Untersuchung der Frage folgen, welche Rechtslage sich daraus für den unter einem relativen Verbot belasteten oder veräusserten Gegenstand ergibt.

Eine wörtliche Auslegung der Bestimmungen der §§ 135 BGB und 8 Abs. II KAGG muss die Annahme einer geteilten Rechtszuständigkeit an dem betroffenen Recht nahelegen.

Es soll nicht verkannt werden, dass die von Raape herausgearbeitete Singularität letztlich solange in Frage gestellt bleibt, bis das Problem der Rechtszuständigkeit an den verbotswidrig belasteten Gegenständen endgültig geklärt ist. Die Dinge, die sich bei einer theoretischen Analyse voneinander trennen lassen, sind in Wirklichkeit doch weitgehend miteinander verzahnt. Stellt sich nämlich bei den nun folgenden Untersuchungen heraus, dass der Betroffene bei einer verbotswidrigen Verfügung sich seiner bisherigen Rechtssubstanz nicht völlig entledigen kann, dann wird damit mittelbar die Frage wieder aufgeworfen, ob letztlich dem Betroffenen durch ein relatives Veräusserungsverbot nicht doch etwas von seiner konkreten Ausübungsbefugnis genommen wird.

Wenn nach den genannten Vorschriften eine Verfügung einer bestimmten Person gegenüber unwirksam sein soll, dann ist dieser gegenüber auch keine Rechtsänderung an dem dem Verbot unterliegenden Gegenstand eingetreten. Das muss dazu

führen, dass dem Begünstigten gegenüber die bisherige Rechtslage erhalten bleibt, während im übrigen das volle dingliche Recht mit seinem absoluten Wirksamkeitsradius gegenüber allen anderen Rechtsgegnossen, also auch gegenüber dem Verfügenden, auf den Erwerber übergegangen ist. Bei wörtlicher Auslegung der §§ 135 BGB und 8 Abs. II KAGG, wonach eine verbotswidrige Verfügung von vornherein insoweit unwirksam ist, bedarf es einer ausdrücklichen materiell-rechtlichen Geltendmachung der Rechte des Geschützten an sich nicht mehr, vielmehr tritt eine geteilte Rechtszuständigkeit als Dauerzustand ein 1). Diese Situation ist nicht zu vergleichen mit einem Schwebezustand, der einer endgültigen Klärung bedarf 2).

b) Die Möglichkeit, den Erwerber eines absoluten Rechtes einer bestimmten Person gegenüber ungeschützt zu lassen

Die negative Seite eines teilweise unwirksamen Rechtserwerbes, die Ungeschütztheit gegenüber einer bestimmten Person ist ohne Schwierigkeiten logisch vorstellbar 3). Der Erwerber erhält dann die mit dem dinglichen Recht verbundene absolute Gewalt gegenüber der Allgemeinheit, mit Ausnahme der aus diesem Rechte fließenden Ansprüche gegen den Geschützten. Eine derartige Rechtslage zeigt sich z. B. in den Fällen des § 986 BGB, sie sind in § 903 BGB ausdrücklich mit vorgesehen. Dadurch braucht das volle dingliche Recht in keiner Weise in seiner Substanz beeinträchtigt zu werden 4).

Wie mit den absoluten Rechten an einer Sache verhält es sich auch mit der relativ unwirksamen Abtretung eines von Natur aus relativen d. h. Ansprüche nur gegen eine Person beinhaltenden Forderungsrechtes. Der Verfasser vermag hier keinen grundsätzlichen Unterschied zu erkennen 5). Der Fall des § 399 BGB,

- 1) Zur Frage der Geltendmachung der relativen Unwirksamkeit vgl. alle einschlägigen Kommentare; Schachian, a. a. O., S. 16 f. sieht in dieser Geltendmachung allerdings lediglich die Beseitigung eines Rechtsscheins.
- 2) Vgl. oben Anm. 3, S. 78; den Unterschied schwebend relativ unwirksam macht übrigens von seinem Ausgangspunkt her gesehen nicht ganz verständlich, auch Strohal, a. a. O., S. 12, S. 18.
- 3) Wohl auf Grund dieses Umstandes halten auch sonst kritische Schriftsteller die herrschende Meinung, die eine geteilte Rechtszuständigkeit annimmt, logisch für möglich. Vgl. Raape, a. a. O., S. 49, Oertmann, a. a. O., S. 135 ff., 257; Schachian, a. a. O., S. 196 ff..
- 4) Nach Hirsch - vgl. oben S. 24 ff. - bleibt die Substanz des Vollrechts auch dann unberührt, wenn an demselben Gegenstand ein Belastungsrecht begründet ist.
- 5) Das bezweifelt offenbar Strohal, a. a. O., S. 21, 32. Kritisch auch Oertmann, a. a. O., S. 135 ff. Oertmann meint allerdings wohl nur, dass sich das gegen

der eine absolute Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge haben würde, ist nicht gegeben. Mithin ist dem Schuldner gegenüber, der hier allein an Stelle der "Allgemeinheit" im obengenannten Sinne steht und selbst nicht Begünstigter ist, die Abtretung bzw. Belastung bei Einhaltung der allgemeinen Vorschriften rechtswirksam erfolgt.

Leistet er nunmehr an den Erwerber bzw. an den Pfandgläubiger und seinen persönlichen Forderungsgläubiger zusammen, dann hat es damit seine Richtigkeit, ohne dass für eine analoge Anwendung des § 407 BGB Platz wäre. Nicht dem Schuldner, sondern nur dem Begünstigten gegenüber ist eine Rechtsübertragung bzw. Belastung nicht erfolgt 1).

Problematisch ist demgegenüber die Frage, mit welcher positiven Rechtsgewalt zugunsten des Geschützten gegen das Recht des Erwerbers eingegriffen werden kann.

c) Der Ausschluss der Möglichkeit, den Zugriff und die Stellung der Verbotsbegünstigten aus einem bei der verbotswidrigen Rechtsübertragung zurückbleibenden Teil der Vollrechtsbefugnis zu erklären

Der Schwerpunkt aller Auseinandersetzungen über die relative Unwirksamkeit liegt bei der Frage, mit welchem subjektiven Recht dem Verbotsbegünstigten der Zugriff auf den verbotswidrig veräußerten Gegenstand ermöglicht wird, kraft welcher subjektiven Berechtigung dieser Gegenstand dem Begünstigten verhaftet bleibt 2). Diese Frage umschliesst zwei miteinander verbundene Aspekte; es bleibt danach nicht nur zu prüfen, welche konkrete Befugnis dem Begünstigten eingeräumt ist, sondern aus welcher abstrakten Rechtsmacht diese sich herleitet.

Es wurde bereits festgestellt, dass sich aus dem Wortlaut des § 135 BGB, der insoweit mit der Fassung des § 8 Abs. II Satz 2 KAGG übereinstimmt, die Vermutung aufdrängt, dass bei der verbotswidrigen Verfügung zugunsten des Begünstigten der Verpflichtete kraft Gesetzes etwas von der Substanz seiner regulären Verfügungs-

Fortsetzung der Anmerkung 5), Seite 85:

den Schuldner gerichtete Recht nicht zerteilen liesse. Im übrigen bringt er dieses Argument im Hinblick auf die h. M., die zu einer echten geteilten Rechtszuständigkeit führt, vor. Vgl. auch Schachian, a. a. O., S. 21.

1) So im Ergebnis auch Raape, a. a. O., S. 9, 73; vgl. aber Knoke, der u. a. auf S. 440, a. a. O., annimmt, dass die Forderung nicht erlischt, falls der Schuldner an den kollidierenden Erwerber leistet.

2) Vgl. u. a. Raape, a. a. O., S. 71 ff.; Oertmann, a. a. O., S. 165 ff., 175, 181 ff.; Staudinger, a. a. O., Anm. 11 zu § 135 meint, dass dieses Problem kaum zu lösen sei.

macht zurückbehält 1). Da die Verfügung insoweit relativ unwirksam ist, bleibt danach der Verpflichtete gegenüber dem Begünstigten Eigentümer mit allen daraus fließenden Befugnissen gem. § 903 BGB. Die Möglichkeiten des Begünstigten bestimmen sich dann nach der Rechtslage des Verpflichteten, der jedenfalls ihm gegenüber Volleigentümer geblieben ist, so als ob eine rechtswidrige Verfügung nicht stattgefunden hat. Insoweit blieben also trotz der Verfügung die alten Rechtsverhältnisse erhalten, der Verpflichtete behält genauso viel von seiner bisherigen Rechtsstellung zurück, als das zum Schutz der Interessen des Begünstigten erforderlich ist 2).

Die sich aus einer derartigen Sicht ergebenden Folgerungen scheinen sich insbesondere dann zu bewähren, wenn dem Begünstigten selbst bisher kein Recht an dem fraglichen Gegenstand zustand. Das ist der Fall bei der Vormerkung, aber auch bei den behördlichen Veräußerungsverboten gem. § 136 BGB - Arrest, einstweilige Verfügung 3). Hier soll ein obligatorischer Anspruch durch ein dingliches Sicherungsmittel geschützt werden 4). Dabei kommt es dem Geschützten nicht darauf an, den bisherigen Zustand zu erhalten oder wieder herzustellen, sondern er erstrebt ein Mehr, eine noch künftige Erfüllung seines Forderungsrechts. Man kann diese Fälle als die in der Praxis wichtigste Gruppe der durch eine singuläre Wirksamkeitsbeschränkung betroffenen zusammenfassen 5).

Hier ist es in der Tat ungerechtfertigt, wollte man dem Begünstigten ipso

- 1) So die wohl immer noch herrschende Meinung; vgl. u.a. Staudinger, a.a.O., zu § 135 BGB. Ob diese Meinung allerdings noch als die herrschende angesehen werden kann, erscheint bei der Vielzahl der Autoren, die sich dagegen ausgesprochen haben, immerhin zweifelhaft. Selbst Staudinger, der bei § 135 BGB die h. M. wiedergibt, äussert sich in Anm. 48 zu § 883 BGB hinsichtlich der Vormerkung recht kritisch. Vgl. u.a. auch Schachian, a.a.O., S. 18 f.
- 2) So wohl u.a. Strohal, a.a.O., S. 51.
- 3) Die Fälle einstweiliger Verfügungen sind in unserem Zusammenhang danach aufzuspalten und verschieden zu behandeln, je nach dem, ob sie zur Sicherung eines zukünftig zu verwirklichenden Individualanspruches (§ 935 ZPO, vgl. Rosenberg, a.a.O., S. 1054) oder der Sicherung eines bisherigen Zustandes dienen sollen (§ 940 ZPO, vgl. Rosenberg, a.a.O., S. 1054). Beide Fälle sind übrigens nicht immer scharf voneinander zu trennen, es dürfte für die Unterscheidung auf den Einzelfall ankommen. - An dieser Stelle werden im Rahmen einer ersten Gruppe des § 135 BGB zunächst nur diejenigen Fälle besprochen, in denen die Sicherung einer erst in Zukunft zu verwirklichenden Leistung herbeigeführt werden soll.
- 4) Über den Charakter der Vormerkung und einstweiligen Verfügung als dingliche Sicherungsmittel vgl. Schachian, a.a.O., S. 75, Staudinger, a.a.O., zu § 883 BGB Anm. 39 ff.
- 5) Eine zweite Gruppe vgl. unten S. 95 ff.

jure, ohne dass eine abstrakte Erfüllungshandlung erforderlich wäre, sogleich ein dingliches Recht an dem betreffenden Gegenstand zusprechen 1). Er muss sich vielmehr nach wie vor zur Erfüllung seines Begehrens an seinen Schuldner halten, der seinerseits zur Vornahme der abstrakten Rechtsübertragung nach wie vor verpflichtet ist 2).

Um dem Schuldner und Verbotsbetroffenen die Vornahme dieser abstrakten Erfüllungshandlung zu ermöglichen, kommt die wohl immer noch herrschende Meinung gemäss der oben wiedergegebenen wörtlichen Auslegung des § 135 BGB zu der Ansicht, dass der Schuldner kraft relativer Unwirksamkeit gegenüber dem Gläubiger und Verbotsgeschützten Eigentümer und damit verfügungsbefugt ist. Diese ihm insoweit an dem betroffenen Gegenstand erhalten gebliebene Rechtsstellung versetzt ihn in die Lage, den Verbotsgeschützten durch Eiigung und Abtretung des Herausgabeanspruches zu befriedigen 3). Der Verbotsgeschützte leitet damit sein dingliches Recht unmittelbar von dem Verbotsbetroffenen ab, er kann gegen den Erwerber nunmehr gem. § 985 BGB vorgehen; die gem. § 888 BGB im Falle der Vormerkung erforderliche Zustimmung hat lediglich formelle Bedeutung 4).

Diese Vorstellung ist indessen mit unserer Rechtsordnung schlechthin unvereinbar. Sie erklärt eine Eigentumsteilung für rechtens, wonach allen gegenüber der Erwerber, dem Begünstigten gegenüber aber der Verbotsbetroffene wahres Eigentum an ein und demselben Gegenstand zur gleichen Zeit besitzen 5). Eine derartige Konstruktion führt zu einem "relativen Eigentum", einer Rechtsgestaltung, für die in unserer Rechtsordnung kein Raum ist und der wir schon im Zusammenhang mit der Lehre von der Duplizität des Rechtssubjektes entgegengetreten sind 6). Das Eigentumsrecht des BGB lässt sich nicht in der genannten Weise aufspalten. Das Vollrecht an einem bestimmten Gegenstand kann entweder als Ganzes übertragen werden oder auf Grund der Unwirksamkeit als Ganzes zurückbleiben; eine Zwischenlösung in der Weise, dass lediglich ein Teil der eigentümerrechtlichen Substanz bei dem Verbotsbetroffenen verbleibt, ist unmöglich.

1) So Knoke, a. a. O., S. 415 ff.

2) Vgl. Oertmann, a. a. O., S. 155; so auch die herrschende Meinung. Vgl. auch Strohal, a. a. O., S. 47, 49.

3) Staudinger, a. a. O., zu § 135 BGB Anm. 11; dagegen Raape, a. a. O., S. 58.

4) Vgl. dazu Knoke, a. a. O., S. 420, 426; Schachian, a. a. O., S. 16, sowie Staudinger, a. a. O., zu § 888 BGB Anm. 4.

5) Dagegen auch Knoke, a. a. O., S. 407 f.; Raape, a. a. O., S. 42; unsicher Oertmann, a. a. O., S. 196; vgl. auch die Entscheidung BGHZ 13, S. 183, die bei § 135 BGB unter Offenhaltung der Lösung eine Spaltung offenbar sehr kritisch als "vielleicht noch vertretbar" bezeichnet.

6) Vgl. oben S. 35 a. E. f. Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, a. a. O., 2. Halbband, S. 889, Anm. 17, 18.

Schliesslich führt die h. M. darüber hinaus zu verschiedenen Komplikationen und Undeutlichkeiten. Wie kann z. B. der Verbotsbetroffene den dinglichen Herausgabeanspruch zum Zwecke der Abtretung an den Geschützten zurückbehalten, obgleich auch ihm gegenüber die Verfügung voll wirksam ist 1)? Woher ergibt sich die Prozessführungsbefugnis des Erwerbers gegenüber dem Begünstigten 2)? Etwa aus Eigentum? Ist endlich das relative Eigentum des Begünstigten eine dingliche Dauersituation, die an sich auch ohne Geltendmachung fortbesteht? In welcher Weise verwandelt sich mit der Geltendmachung "relatives" in "absolutes" Eigentum? Oder kann sich etwa der "relative" Eigentümer auch Dritten gegenüber auf sein dingliches Recht berufen 3)?

Die Rechtsfigur eines "relativen Eigentums" müsste zu einer Krise unseres gesamten Vorstellungsbildes über die Natur absoluter dinglicher Rechte führen. Mithin ist zunächst festzustellen, wer von den Beteiligten objektiv Eigentum an dem betreffenden Gegenstand hat; das kann jeweils nur einer sein, entweder der Erwerber oder der Verpflichtete oder der Geschützte, nicht aber zwei zugleich. Erst sekundär kann danach geprüft werden, auf welche Weise dem anderen geholfen werden kann. Dabei wird man sich tunlichst allein an den Zweck des § 135 BGB zu halten haben, ohne sich von vornherein an ein bestimmtes Rechtsinstitut binden zu wollen 4).

Ähnlich verhält es sich in den Fällen, in denen keine Veräusserung, sondern die Vornahme einer anderen Verfügung unter einem relativ wirkenden Verbot steht. Auch hier können die Rechtsfolgen der Verfügung als ganzes objektiv entweder eingetreten sein oder nicht, eine Aufspaltung der Art, dass die Wirkungen nur einer bestimmten Person gegenüber ausbleiben, ist aus rechtsdogmatischen Gründen entgegen dem Wortlaut der § 135 BGB, § 8 Abs. II KAGG, auszuschliessen. Indessen verhält es sich hier mit der Konstruktion eines Gegenrechtes zugunsten des Begünstigten insofern einfacher, als bei Belastungen ohnehin das dingliche Eigentumsrecht in seiner Substanz unberührt bleibt und sich daraus ohne weiteres positive Befugnisse gegen den Verfügungsempfänger ableiten lassen 5).

1) Vgl. Knoke, a. a. O., S. 426.

2) Vgl. dazu Raape, a. a. O., S. 71.

3) Dass sich der Geschützte gegenüber jedermann auf die Unwirksamkeit berufen könnte, behauptet Schachian, a. a. O., S. 196 f, S. 6/7; vgl. auch Strohal, a. a. O., S. 56, 57.

4) Dass der § 135 BGB nur ein Ziel kennzeichnet, nimmt u. a. Knoke, a. a. O., S. 408, an.

5) Vgl. dazu oben die Bezugnahme auf Hirsch, S. 85 Anm. 4.

2. DIE RECHTSLAGE AN EINEM GEGENSTAND, ÜBER DEN TROTZ EINER SINGULÄREN WIRKSAMKEITSBESCHRÄNKUNG VERFÜGT WORDEN IST, UND DAS SYSTEM DER GEGENWIRKUNGEN

a) Die dingliche Rechtsänderung trotz der verbotswidrigen Verfügung

Nachdem sich herausgestellt hat, dass eine Aufspaltung der durch eine verbotswidrige Verfügung bewirkten Rechtslage in der Weise nicht möglich ist, dass allen gegenüber eine neue und nur dem Begünstigten gegenüber die alte Rechts-situation besteht, kommen als Ausgangspunkt für weitere Untersuchungen nur noch zwei Wege in Betracht: Entweder ist der Verfügungsempfänger absolut in die gewünschte Rechtsposition an dem betreffenden Gegenstand eingetreten oder überhaupt nicht.

Nicht anders verhält es sich bei relativ verbotswidrigen Belastungen und Forderungsabtretungen. Auch hier ist davon auszugehen, dass die gewünschte Rechtsänderung entweder in vollem Umfang oder garnicht eingetreten ist.

Abzulehnen ist dagegen der Versuch, die Rechtslage im Falle eines relativen Verfügungsverbotes mit Hilfe einer Fiktion erklären zu wollen. Die Annahme einer Fiktion erklärt im Grunde überhaupt nichts 1) und stimmt im übrigen weder mit dem Wortlaut des § 135 BGB noch mit dem des § 8 Abs. II KAGG überein. Denn hier wird unmissverständlich gesagt, dass eine Rechts-änderung wirklich eingetreten ist.

Beide Wege werden in der Literatur vertreten. Die von Schachian 2) und Jaeger 2) verfochtene Ansicht kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei der relativen Unwirksamkeit im Sinne des § 135 BGB in Wahrheit um eine absolute handelt, soweit durch die betreffende Verfügung die Interessen des geschützten Dritten gefährdet werden. Damit kommen die genannten Autoren zu dem Schluss, dass die Relativität nur den Umfang anzeigt, in dem die Ver-

1) Gegen eine Fiktion überzeugend Raape, a.a.O., S. 53, bejahend dagegen Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., 2. Halbband, S. 1215, Anm. 26.

2) Das zusammengefasste Ergebnis seiner Untersuchung findet sich bei Schachian, a.a.O., auf S. 208, vgl. auch S. 132, 133, 195. Nach ihm liegt eine proportional dem positiven Recht des Begünstigten negativ entsprechende absolute Unwirksamkeit der widerstreitenden Verfügung vor. § 135 BGB gibt demnach nur einen objektiven Begrenzungsmaßstab für die absolute Unwirksamkeit, die Geltendmachung dieser Unwirksamkeit führt nur zu einer Beseitigung des Rechts-scheins. - Jaeger; Konkurs-Ordnung, 8. Aufl., 1. Band, Berlin 1958, zu §§ 6, 7 KO, insbesondere Anm. 6 ff. zu § 4 KO, spricht von einer absoluten Unwirksamkeit, zu deren Geltendmachung nur der Begünstigte befugt ist. So im Ergebnis auch Mentzel-Kuhn, Konkurs-Ordnung, 6. Aufl., Berlin/Frankfurt 1955, zu § 7.

fügung absolut d. h. gegen jedermann nichtig ist. Insoweit also kann der Verfügungsempfänger das von ihm begehrte Recht von vornherein nicht erlangen.

Folgt man dieser Anschauung, dann ist damit die selbständige Bedeutung des § 135 BGB gegenüber dem absoluten Verfügungsverbot aus § 134 BGB beseitigt; ganz gegen die sonst so gründliche Arbeit der Väter des Bürgerlichen Gesetzbuchs erwiese sich damit eine Vorschrift als überflüssig und unangebracht. Denn die umfangsmässige absolute Verfügungsbeschränkung hat bereits in der Bestimmung des § 134 BGB ihren Ausdruck gefunden. Hiernach wirkt ein Verfügungsverbot objektiv nur soweit, als es der Zweck des Verbotsgesetzes erheischt. Eine innerhalb dieser Begrenzung vorgenommene Verfügung ist gegenüber jedermann unwirksam.

Die Vorschrift des § 135 BGB zielt indessen qualitativ auf eine ganz andere Art der Verfügungsbeschränkung hin. Hier soll ein und dieselbe Verfügung dem einen gegenüber wirksam, dem anderen gegenüber unwirksam sein. Eine Umdeutung dieser Vorschrift in ein objektiv begrenztes absolutes Verfügungsverbot nach § 134 BGB würde dem Willen des Gesetzgebers Gewalt antun 1). Der Schwerpunkt dieser Bestimmung liegt vielmehr darin, dass die absoluten Folgen der vorgenommenen Verfügung zunächst eintreten sollen. Man wird mithin der "relativen Unwirksamkeit" im Sinne der Vorschriften der §§ 135 BGB/8 Abs. II KAGG am besten dadurch gerecht, dass vorerst die absolute und damit die Wirksamkeit überhaupt unberührt bleibt. Auf diese Weise ist dem Willen des Gesetzes mindestens in einem wesentlichen Punkte Folge geleistet, auch wenn auf der anderen Seite der Vorstellung der uns vorliegenden Bestimmungen über ein relatives Eigentumrecht widersprochen werden muss.

Von diesem zustimmungswerten Ausgangspunkt gehen die Arbeiten von Raape, Knoke und Oertmann aus 2). Mit Recht stellen diese Autoren zunächst fest, dass infolge der von vorneherein auszuschliessenden Annahme eines relativen Eigentums die absoluten Wirkungen der verbotswidrigen Verfügung in vollem Umfang eintreten. Das gilt auch gegenüber dem Begünstigten, der sich in keiner Weise auf das Zurückbleiben eines Teils der Rechtssubstanz bei dem Verpflichteten berufen kann. Zur Wahrung seiner Interessen müssen vielmehr andere Mittel und Wege gesucht werden. Die Natur dieser dem Begünstigten zuzusprechenden Rechtsmöglichkeiten lässt sich am besten unter dem Begriff "Gegenwirkungen" 3) zusammenfassen. Diese können sich jedoch niemals aus dem alten Recht des Verpflichteten herleiten, sondern müssen *ipso iure* neu entstehen.

-
- 1) So im Ergebnis Oertmann, a. a. O., S. 258; Knoke, a. a. O., S. 408 f., 412; Raape, a. a. O., S. 47.
 - 2) Oertmann, a. a. O., S. 264 ff.; Knoke, a. a. O., S. 415; Raape, a. a. O., S. 50.
 - 3) Raape, a. a. O., S. 50 ff., 74, dagegen Schachian, a. a. O., S. 201 ff.; Knoke, a. a. O., S. 414 stimmt im wesentlichen Raape zu. Im übrigen unterscheiden sich Knoke und Raape nur geringfügig.

Aus dieser Anschauung ergeben sich schon jetzt eine Reihe wesentlicher Folgerungen. Zunächst ist die verbotswidrige Rechtsänderung in vollem Umfang eingetreten. Infolgedessen kann der Begünstigte im Fall der oben genannten ersten Gruppe bei Vormerkungen, einstweiligen Verfügungen und dinglichem Arrest zur Sicherung eines obligatorischen Anspruches ein Recht an dem Gegenstand nurmehr unmittelbar von dem kollidierenden Dritten ableiten 1). Demgemäss hat auch die Zustimmung nach § 888 BGB nicht nur formelle, sondern materielle Bedeutung.

Weiterhin zeigt sich, dass ohne Geltendmachung eines Rechts durch den Begünstigten die eingetretene absolute Rechtsänderung nicht mehr beseitigt werden kann. Der Begünstigte muss vielmehr sein rechtlich geschütztes Interesse durch einen besonderen Akt durchsetzen; er kann sich mit der kraft der absolut wirksamen Verfügung entstandenen Rechtslage als Dauerzustand nicht zufrieden geben.

b) Das System der Gegenwirkungen

ba) Zur Sicherung eines zukünftigen Rechtserwerbes

Die zur Befriedigung des Begünstigten erforderliche Gegenwirkung lässt sich in zwei Richtungen aufspalten; Dem Begünstigten muss sowohl der Verpflichtete als auch der an dem betreffenden Gegenstand dinglich nunmehr vollberechtigte Dritte machtunterworfen sein. Das in § 135 BGB vorgezeichnete Ziel lässt sich jedenfalls im Bereich der bereits oben aufgeführten ersten Gruppe durch einen Angriff gegen nur einen dieser beiden nicht erreichen 2).

In diesen Fällen wird ein Vorgehen des Begünstigten so zu konstruieren sein, dass er zunächst von dem Verpflichteten die Vornahme der gewünschten Verfügung verlangen kann. Dazu ist jener trotz seines inzwischen eingetretenen Rechtsverlustes kraft einer Ermächtigung befugt 3). Grundlage zu dieser Verfügungsbefugnis ist also nicht die absolut untergegangene Eigentümerstellung des Verpflichteten, sondern eine sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebende originäre Verfügungsermächtigung. Dass hierzu eine besondere Einwilligung des Erwerbers erforderlich wäre, wie Knoke meint, erscheint zweifelhaft 4).

Andererseits ist eine Duldungs- und Mitwirkungspflicht des Erwerbers hinsichtlich der tatsächlichen Herausgabe des Gegenstandes unerlässlich 5). Bekanntlich kann der Begünstigte nur durch Besitzerlangung ein dingliches Recht an dem fraglichen Gegenstand erlangen. Der dazu erforderliche Herausgabeab-

1) Vgl. Raape, a. a. O., S. 69, gegen die h. M.

2) So Raape, a. a. O., S. 59 ff., 66.

3) So Knoke, a. a. O., S. 418; vgl. auch Strohal, a. a. O., S. 43 f.

4) Vgl. Knoke, a. a. O., S. 415 ff., 429, sowie unten S. 94.

5) Knoke, a. a. O., S. 415 ff., 422, 427; bei der Vormerkung auch Strohal, a. a. O., S. 59.

spruch kann indessen niemals aus dem untergegangenen Alteigentum des Verpflichteten herrühren; die Berechtigungen hieraus sind in vollem Umfange und jedermann gegenüber untergegangen.

Auch steht dem Ermächtigten kein dinglicher Herausgabeanspruch im Sinne der §§ 985, 931 BGB gegen den Träger des Mutterrechts zu. Der Inhalt einer Ermächtigung wird immerhin soweit von dem Inhalt des Mutterrechts bestimmt, dass durch die abstrakte Verfügungsbefugnis allein ein Herausgabeanspruch gegen den Vollrechtsinhaber nicht hergeleitet werden kann. Ebensowenig wie einem Eigentümer ein Herausgabeanspruch gegen sich selbst gegeben ist, steht dem Ermächtigten, der seine Stellung vom Vollrecht ableitet, ein Herausgabeanspruch gegen den Träger des Mutterrechts zu. Eine solche Befugnis lässt sich allenfalls aus einer neben der abstrakten Ermächtigung herlaufenden obligatorischen Vereinbarung entnehmen. Unberührt hiervon bleibt die Befugnis zur Veräußerung durch Abtretung des Herausgabeanspruches gegen einen anderen besitzenden Dritten.

Schliesslich lässt sich der erforderliche Herausgabeanspruch auch nicht mit Hilfe einer Haftung des betreffenden Gegenstandes erklären. Die Annahme einer Haftung, wie sie Oertmann vertritt, ist rechtlich zu indifferenziert 1). Es bleibt dabei offen, auf Grund welchen Rechts entweder der Erwerber persönlich oder der Gegenstand dinglich haftet. Oertmann schwebt offensichtlich ein Verhaftersein des Gegenstandes selbst zugunsten des Begünstigten vor. Das aber würde zur neuen Art einer dinglichen Belastung führen. Eine derartige Konstruktion wird abzulehnen sein 2).

Es bleibt demnach nur noch eine Möglichkeit, dem Begünstigten den Besitz an dem Gegenstand zu verschaffen: man muss ihm ipso jure einen selbständigen obligatorischen Herausgabeanspruch gegen den Erwerber einräumen 3). An Stelle des Besitzverschaffungsanspruches tritt bei Grundstücken eine Mitwirkungspflicht zur Eigentumserlassung durch Abgabe der dazu erforderlichen Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt, im Falle der Vormerkung gem. § 888 BGB 4).

Diese sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Forderungsrechte des Begünstigten gegen einen Dritten sind nicht so aussergewöhnlich, wie das im ersten

-
- 1) Vgl. Oertmann, a. a. O., S. 185 f., 264 ff.; auch Raape, a. a. O., S. 66, nimmt einen Herausgabeanspruch auf Grund einer Haftung an.
 - 2) Eine dingliche Gebundenheit zugunsten einer Person, nimmt Ramdohr, a. a. O., S. 330, an. Gegen eine dingliche Belastung Knoke, a. a. O., S. 413 ff., 418, der seinerseits ein obligatorisches Forderungsrecht gegen den Dritten annimmt; nach Raape, a. a. O., S. 75 f. handelt es sich hierbei lediglich um eine unwesentliche Frage.
 - 3) Im Ergebnis übereinstimmend mit Knoke, vgl. oben Anm. 2. Raape spricht von einer mit Drittwirkung ausgestatteten Obligation.
 - 4) Der dingliche Herausgabeanspruch nach § 985 BGB folgt dann von allein.

Moment den Anschein zu haben scheint. Sie erklären sich als Ausfluss eines dinglich wirkenden Schutzes gegenüber Dritten, mit dem in Ausnahmefällen kraft besonderer Vorschrift auch eine Obligation bewehrt sein kann. Derartigen Rechtsgestaltungen begegnen wir nicht nur im Bereiche des Sachenrechtes bei der Vormerkung oder bei dem Erlass einstweiliger Verfügungen, sondern auch im Schuldrecht. Es sei erinnert an die Herausgabepflicht Dritter bei unentgeltlicher Bereicherung gem. § 822 BGB. Auch hier handelt es sich um die Weiterwirkung einer Obligation gegen einen an sich unbeteiligten Dritten. Ähnlich verhält es sich im Falle der Vorschrift des § 571 BGB "Kauf bricht nicht Miete"; hier geht der Gesetzgeber sogar so weit, dass er den Käufer eines Grundstückes überhaupt in die diese Sache betreffenden Verträge eintreten lässt 1).

Entsprechend sind diejenigen Fälle zu behandeln, in denen eine Forderung verbotswidrig abgetreten worden ist. Auch hierbei sind zunächst die Rechtsfolgen in vollem Umfange eingetreten 2). Der Begünstigte kann damit sein Recht nur noch durch Ableitung von dem Dritterwerber erlangen. Zur Vornahme des dazu erforderlichen Rechtsaktes ist der Verbotsverpflichtete kraft Gesetzes ermächtigt. Die Übertragung erfolgt durch eine Abtretungserklärung; weitere Handlungen, wie sie bei der Übereignung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen und Grundstücken notwendig werden, sind hier nicht erforderlich. Mit der kraft Ermächtigung vorgenommenen wirksamen Abtretung ist nunmehr der Begünstigte alleiniger Gläubiger geworden, der Schuldner hat an ihn zu leisten. Wurde dieser allerdings nicht benachrichtigt, dann ist er trotz der rechtswirksamen Abtretung an den Begünstigten in analoger Anwendung des § 407 BGB geschützt 3). Hat er indessen an den kollidierenden Dritten als wirklichen Gläubiger schon geleistet, dann ist damit die Forderung erloschen und eine Abtretung an den Begünstigten nicht mehr möglich.

Nimmt man eine unmittelbar auf Gesetz beruhende Ermächtigung des Verbotsbetroffenen zur Verfügung über eine Forderung an, dann zeigt sich hier die Gefahr, dass der kollidierende Erwerber sein Forderungsrecht ohne eigenes Wissen und Zutun verlieren kann 4). Dieser Umstand ist es, der Knoke dazu bewegt, keine gesetzliche, sondern eine gewillkürte Ermächtigung anzunehmen, zu deren Erteilung der Erwerber dem Begünstigten gegenüber allerdings verpflichtet ist. Damit würde, so meint Knoke, eine unbillige Härte gegenüber

-
- 1) "Kauf bricht nicht Miete"; zur Erstreckung eines Vertragsrechts gegen Dritte vgl. auch Eccius in Gruchot 46, S. 573. Zu der Gruppe der Obligationen mit Schutzwirkung für Dritte vgl. Larenz Lehrbuch d. Schuldrechts, 4. Aufl. 1960, Bd. I S. 162 ff.
 - 2) Vgl. oben S. 85.
 - 3) Hier kommt § 407 BGB zum Zuge! Vgl. dazu Knoke, a. a. O., S. 442 ff., Raape, a. a. O., S. 52 Anm. 3, sowie Ramdohr, a. a. O., S. 334.
 - 4) Vgl. oben Anm. 4, S. 92.

dem kollidierenden Erwerber vermieden, der vor einem derartigen Rechtsverlust hinsichtlich Forderungen nicht einmal durch seinen guten Glauben geschützt werden könnte.

Trotz dieser beachtenswerten Überlegungen wird daran festzuhalten sein, dass das Verfügungsrecht des Verbotsverpflichteten gegenüber dem Begünstigten vom Willen des Erwerbers weitgehend unabhängig sein soll und mithin nur unmittelbar auf Gesetz beruhen kann. Nur auf diese Weise wird man dem Wortlaut des § 135 BGB weitmöglichst gerecht. Dem Erwerber, dessen einfache Benachrichtigung sich allerdings empfiehlt, bleibt vorbehalten, sich an den Verbotsbetroffenen, etwa gem. § 134 BGB, zu halten.

bb) Zur Wiederherstellung eines früheren Zustandes

Anders stellt sich die Interessenlage und damit die Frage nach einer Konstruktion von Gegenwirkungen allerdings in denjenigen Fällen dar, in denen der Begünstigte vor einem dinglichen Rechtsverlust bewahrt werden soll. Hier geht es nicht darum, einen noch in der Zukunft liegenden Rechtsgewinn zu ermöglichen, sondern dem Begünstigten trotz der dazwischengetretenen verbotswidrigen Verfügung die bisherige Rechtslage möglichst ungeschmälert zu erhalten.

Diese Bedingungen liegen überall da vor, wo der Begünstigte bereits ein dingliches Recht besitzt, dessen Erhaltung aber durch die reguläre Verfügungsbefugnis eines Zweiten gefährdet ist. In der Praxis ist hier insbesondere an Treuhandverhältnisse zu denken. In diesen Fällen kann der Treugeber zu seinem Schutze eine einstweilige Verfügung 1) gegen den Treunehmer erwirken, die dann gem. §§ 136, 135 BGB wie ein relatives Veräußerungsverbot wirkt.

Man kann diese und gleichgelagerte Fälle als eine zweite, unter die Vorschrift des § 135 BGB fallende Gruppe zusammenfassen 2). Auch bei dieser Gruppe wird man zunächst davon auszugehen haben, dass eine verbotswidrige Verfügung gegenüber jedermann vollwirksam ist. Die andersartige Interessenlage erheischt aber eine andersartige Behandlung der Gegenwirkungen. Hier kommt es nicht darauf an, einen erst in der Zukunft liegenden Rechtserwerb des Begünstigten zu ermöglichen, sondern den früheren Zustand wieder herzustellen.

Dazu eignet sich am besten ein der Anfechtung ähnliches Vorgehen 3). Auf diese Weise kann die unliebsame Rechtswirkung ex tunc aufgelöst werden. Auch Zwischenverfügungen des kollidierenden Erwerbers verlieren damit automatisch ihre rechtliche Grundlage. Schliesslich wird das Verfahren dadurch erleichtert, dass hier

1) Über den verschiedenartigen Inhalt einer einstweiligen Verfügung vgl. oben Anm. 3, S. 87.

2) Vgl. oben S. 87.

3) Die Gegenwirkung grundsätzlich in allen Fällen auf eine Anfechtung abzustellen, empfiehlt sich nicht. Vgl. Raape, a. a. O., S. 43/44, gegen Mitteis, Windscheid und Regelsberger.

ein direktes Vorgehen des Begünstigten gegen den Erwerber möglich wird, ohne dass der Verbotsbetroffene eingeschaltet werden muss. Gibt der Begünstigte, der allein zur Geltendmachung eines derartigen Gestaltungsrechtes ex lege befugt ist, eine diesbezügliche Erklärung ab, dann tritt die gewünschte Rechtsauflösung ipso jure ein. Verzögert er dagegen deren Abgabe, dann findet § 121 BGB entsprechende Anwendung 1).

Eine Verwendung des Instituts der Anfechtung zur Ausgestaltung der Gegenwirkung bei relativen Verfügungsverboten stösst bei den meisten Autoren auf Ablehnung 2). Dieser Ansicht ist insoweit nicht zu widersprechen, als es sich um die erste der obengenannten Gruppen handelt; in der Tat gelangt man dort mit Hilfe einer Anfechtung nicht zu anwendungsgeeigneten Ergebnissen.

Anders verhält es sich aber in den letztgenannten Fällen, die, obgleich sie in der Minderzahl sind, tunlichst als eine zweite Gruppe zusammenzufassen sind. Hier zeitigt eine Anfechtung genau die Wirkungen, die herbeigeführt werden sollen. Da man sich bei der Konstruktion der Gegenwirkungen ohnehin in einem Bereich bewegt, der zwar durch das Gesetz provoziert, aber nicht näher ausgestaltet wurde, bestehen keine Bedenken, je nach verschiedener Interessenlage auch verschiedenartige Gegenwirkungen zu verwenden. Auf diese Weise wird man dem Sinn der §§ 135 BGB, 8 Abs. II KAGG am besten gerecht.

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise sind dieser Gruppe auch die fiduziarischen Treuhandverhältnisse zuzurechnen. Zu Recht spricht die Rechtslehre hier von einem "wirtschaftlichen Eigentum" des Treugebers, nicht ohne Grund ist dieses durch die Rechtsprechung besonders geschützt. Hat in einem solchen Fall der Treugeber die Verfügungsmacht des Treunahmers durch eine einstweilige Verfügung einschränken lassen und verstösst dieser dagegen, dann ist sein Interesse lediglich darauf gerichtet, den bisherigen Zustand wieder herzustellen. Dagegen ist er nicht daran interessiert, dass der rechtswidrig verausserte Gegenstand unmittelbar an ihn zurückfällt.

- 1) Vgl. dazu näher unten S.103 ff.
- 2) Vgl. dazu Strohal, a. a. O., S.42, Fussnote 92a; vgl. auch Schachian, a. a. O., S.151 ff., insbesondere S.153, der übrigens fälschlicherweise der Anfechtung ausserhalb des Konkurses nach dem Anf.G sowie der Konkursanfechtung gem. § 29 ff. KO eine dingliche Wirkung beimessen will; vgl. auch Knoke, a. a. O., S.412, der die Anfechtung deshalb ablehnt, weil sie nur negative Folgen zeitigen kann; ebenso Raape, a. a. O., S.55, 56. Insbesondere nach den Ausführungen von Raape und Knoke, auf die in dieser Arbeit weitgehend zurückgegriffen wird, scheinen keine Bedenken zu bestehen, mit einem anfechtungsähnlichen Gestaltungsrecht zu arbeiten, falls nur, wie in der hier gebildeten zweiten Gruppe, Interesse an einer Rechtsvernichtung besteht.

III. DIE ANWENDUNG DER LEHRE VON WIRKUNG UND GEGENWIRKUNG VERBOTSWIDRIGER VERFÜGUNGEN AUF DIE "RELATIVE UNWIRKSAMKEIT" GEM. § 8 Abs. II Satz 2 KAGG

Die Untersuchung der Frage nach den Rechtsfolgen einer relativ unwirksamen Verfügung führte zu dem Ergebnis, dass zunächst eine absolute Rechtsänderung eingetreten ist, die allerdings durch eine Gegenwirkung, deren Geltendmachung dem Begünstigten zusteht, wieder ausgeglichen werden kann. Derselbe Grundsatz muss auch für die Fälle des § 8 Abs. II KAGG gelten, der insoweit inhaltlich mit der Bestimmung des § 135 BGB übereinstimmt 1).

1. DIE RECHTSLAGE AN GEGENSTÄNDEN, ÜBER DIE IM WIDERSPRUCH ZU § 8 Abs. II Satz 1 KAGG VERFÜGT WORDEN IST

Trotz der mit Satz 2 der vorliegenden Textstelle angeordneten Drittwirkung des singulären Verfügungsverbot es erlangen die mit der regulären und uneingeschränkten Verfügungsmacht der KAG vorgenommenen Belastungen volle Wirksamkeit gegenüber jedermann. Unberührt davon bleibt die gem. § 823 Abs. II BGB eintretende Schadenersatzpflicht der KAG gegenüber den Anteilhabern 2), neben die ohne weiteres auch noch eine vertragliche, in den Anlagebedingungen vereinbarte treten kann. Diese Erstattungspflicht wird allerdings erst dann zum Zuge kommen, wenn der Schaden nicht durch Geltendmachung der Gegenwirkung ausgeglichen werden konnte.

a) Das Verhältnis von § 8 Abs. II zu § 9 Abs. II KAGG

Die Bestimmung des § 8 Abs. II KAGG ist nicht einschlägig bei Vollstreckungseingriffen 3). Insoweit ist durch die Bestimmung des § 9 Abs. II KAGG eine Haftung des Sondervermögens regulär ausgeschlossen 4). Ein entgegen dieser Vorschrift vorgenommener Vollstreckungseingriff ist ohne materielle Folgen, ein Pfändungspfandrecht kann nicht entstehen. Eine trotzdem eingetretene Verstrickung kann durch Geltendmachung der Drittwiderspruchsklage seitens der Depotbank oder durch Erinnerung gem. § 766 ZPO beseitigt werden (§ 11 Abs. VIII Ziff. 2 KAGG) 5).

1) Vgl. oben S. 76 ff.

2) Vgl. oben S. 77.

3) Zur Haftung des Sondervermögens vgl. Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 66 ff.

4) Diese Vorschrift wird ergänzt durch die Bestimmungen der §§ 9 Abs. IV, 12 Abs. III KAGG.

5) Die Berechtigung zur Geltendmachung der Erinnerung nach § 766 ZPO ist in der Berechtigung zur Geltendmachung der Drittwiderspruchsklage mit eingeschlossen.

Die materielle Unwirksamkeit einer Vollstreckungshandlung gilt auch dann, wenn sich die KAG schuldrechtlich zu einer Belastung verpflichtet hat. Hier müsste, im Gegensatz zu den eben genannten Fällen, zunächst erst einmal die Grundlage zu einer späteren Verwertung zwangsweise geschaffen werden. Die Erfüllung einer derartigen, im übrigen zwischen den Kontrahenten voll gültigen Verpflichtung kann nicht dadurch erzwungen werden, dass die dazu erforderliche Willenserklärung gem. § 894 ZPO ersetzt und die Herausgabe durch Beschlagnahme nach § 897 ZPO - vorbehaltlich der Vorschrift des § 898 ZPO - herbeigeführt wird. Wurde indessen eine freiwillige Erklärung der KAG abgegeben, dann steht deren Wirksamkeit auch bei Belastungen und Sicherungsübereignungen sowie Abtretungen vorerst nichts entgegen. Das gilt in vollem Umfang sowohl für die Miteigentums- als auch für die Treuhandlösung.

b) Die Vornahme verbotswidriger Verfügungen im einzelnen

Im einzelnen können sich danach die unter die Vorschrift des § 8 Abs. II KAGG fallenden dinglichen Rechtsveränderungen wie folgt vollziehen:

Die Bestellung eines Pfandrechts an Wertpapieren, die zum Sondervermögen gehören, vollzieht sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 1292, 1293, 1296, 1204 ff. BGB 1). Dabei ist eine Verwendung der in § 1205 Abs. II und § 1206 BGB vorgesehenen Möglichkeiten einer Besitzerlangung durch den Pfandgläubiger ausgeschlossen 2). Es bleibt nur noch die Übertragung des unmittelbaren Besitzes gem. § 1205 Abs. I BGB. Da diese nicht ohne Mitwirkung der Depotbank vor sich gehen kann, besteht durch deren Intervention von vornherein die Möglichkeit, eine verbotswidrige Pfandrechtsbestellung zu verhindern 3). Eine Berechtigung zur Verhinderung rechtswidriger Geschäfte ist der Depotbank ohne weiteres zuzubilligen; auch wenn es sich bei dem Verbot des § 8 Abs. II KAGG um objektives Recht handelt, haben die Anteilinhaber aus § 823 Abs. II BGB einen subjektiven Unterlassungsanspruch gegen die KAG, zu deren Geltendmachung die Bank gem. § 11 Abs. VIII Ziff. 1 KAGG befugt ist.

Eine Intervention der Depotbank ist dagegen nicht möglich bei der Verpfän-

-
- 1) "Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht an dem Papier". Dasselbe gilt auch für Wechsel und andere indossable Ordrepapiere, vgl. § 1292 BGB.
 - 2) Vgl. oben S. 63 ff.
 - 3) Voraussetzung für ein derartiges Eingreifen ist selbstverständlich, dass die Depotbank Kenntnis von den beabsichtigten Geschäften erhält und nicht nur angewiesen wurde, die entsprechenden Werte abzugeben. Andererseits wird man der Depotbank durchaus die Berechtigung zubilligen können, von der KAG Aufklärung über die von dieser getätigten Geschäfte zu verlangen. Das Recht dazu ergibt sich aus § 11 Abs. VIII Ziff. 1 KAGG. Falls sie nach Kenntniserlangung eine Intervention unterlässt, kann sie sich schadenersatzpflichtig machen.

dung von Forderungen gem. § 1273 ff. BGB. Hier genügt zur Begründung des Pfandrechts ein einfacher Vertrag der KAG mit dem Pfandgläubiger entsprechend der Abtretung (§ 1274 BGB). Zwar ist die Verpfändung nur wirksam mit der Anzeige an den Schuldner nach § 1280 BGB. Letzterem fällt dabei aber nur eine passive Rolle zu. Das bedeutet für den Fall, dass die Depotbank selbst Schuldnerin der verpfändeten Forderung sein sollte, dass sie mit der Empfangnahme der Anzeige die Verpfändung nicht mehr verhindern kann. Für sie besteht damit nur noch die Möglichkeit, mit den Gegenrechten der Anteilinhaber gegen diese wirksam gewordene Rechtsänderung vorzugehen.

Die Verpfändung eines bei der Depotbank bestehenden Guthabens dürfte dem Pfandgläubiger indessen nur einen geringen Vorteil bringen. Aus diesen Forderungen kann die KAG Leistungen an sich selbst kraft Gesetzes nicht verlangen (§ 11 Abs. VII KAGG) 1). Damit entfällt auch das stellvertretende Kündigungs- und Einziehungsrecht des Pfandgläubigers gem. §§ 1282, 1283 in Verbindung mit § 1228 Abs. II BGB.

Zur Bestellung eines Niessbrauches an den zum Sondervermögen gehörenden Wertpapieren ist eine entsprechende Einigung und Besitzverschaffung gem. §§ 1068 Abs. I und II, 1081 ff., 1030, 1032 BGB erforderlich. Dazu wäre eine Entnahme der betroffenen Papiere aus dem Sondervermögen und mindestens die Begründung einer gesonderten Verwahrung oder Hinterlegung notwendig. Dass die Depotbank als Interessenwahrerin der Anteilinhaber zur Verhinderung derartiger Vorgänge berechtigt ist, versteht sich nach dem hierzu bereits oben Gesagten von selbst.

Zur Bestellung eines Niessbrauches an einer zum Sondervermögen gehörenden Forderung gelten die allgemeinen Vorschriften des § 1068 ff. BGB. Richtet sich die Forderung gegen die Depotbank, so gilt das oben für die Bestellung eines Pfandrechtes Ausgeführte entsprechend. Allerdings ist hier zur Begründung des Rechtes keine Benachrichtigung des Schuldners erforderlich.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, dass Belastungen der zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände nach den allgemeinen Vorschriften rechtlich zwar möglich sind, indessen hinsichtlich der Wertpapiere durch das Dazwischentreten der Depotbank von vornherein unmöglich gemacht werden können. Die Bestellung von Pfandrechten und Niessbrauch an den zum Sondervermögen gehörenden Forderungen kann dagegen von der Depotbank nicht verhindert werden. Richten sich diese Forderungen unmittelbar gegen die Bank, dann ergeben sich für den aus der Belastung Berechtigten einige Besonderheiten. Richten sie sich aber gegen Dritte, dann gelten die allgemeinen Regeln unbeschränkt.

Sicherungsübereignungen und -abtretungen vollziehen sich vollwirksam nach

-
- 1) Soweit der KAG gegen die Anteilinhaber ein persönlicher Anspruch auf Vergütung zusteht, bestehen gegen eine Verpfändung dieser nicht zum Sondervermögen gehörenden Forderung keinerlei Bedenken.

den allgemeinen Regeln. Das bedeutet im einzelnen, dass Wertpapiere gem. § 929 BGB entweder unter einer auflösenden Bedingung oder mit einer entsprechenden obligatorischen Rückbereignungsvereinbarung übertragen werden. Da eine Sicherungsübereignung durch Begründung eines Besitzkonstitutes mangels einer Besitzerstellung der KAG an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen ausgeschlossen ist, dürfte ein praktisches Bedürfnis nach Sicherungsübertragungen ohnehin nicht bestehen 1).

Sicherungsabtretungen vollziehen sich trotz des Verbotes vollwirksam nach den Vorschriften der § 398 ff. BGB 2).

2. DIE GEGENWIRKUNG UND DEREN GELTENDMACHUNG DURCH DIE DEPOTBANK

Mit dem Wirksamwerden der verbotswidrigen Belastungen, Sicherungsübereignungen und -abtretungen entsteht zugunsten der Anteilinhaber kraft Gesetzes eine Gestaltungsberechtigung, durch deren Ausübung der frühere Zustand wieder hergestellt werden kann 3). Die gesetzliche Rückgestaltungs- gleich Anfechtungs- berechtigung drängt auf Vollzug durch Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung, mit deren Zugehen der lastenfreie Zustand bzw. die früheren Eigentumsverhältnisse ex tunc wiederhergestellt sind. Damit verlieren auch Zwischenverfügungen des kollidierenden Rechtserwerbers automatisch ihre Rechtsgrundlage 4).

Ebenso wie bei der Miteigentumslösung empfiehlt sich für den Fall der Treuhandlösung zur Ausgestaltung der Gegenwirkung die Annahme eines Anfechtungsrechtes 5). Die Anteilinhaber als verbotsbegünstigte Treugeber haben in jedem Falle mindestens wirtschaftliches Eigentum an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen; sie erstreben mithin nicht die Sicherung eines erst zukünftig durchzusetzenden Anspruches, sondern die Lastenfreiheit ihrer nach wie vor in Verwaltung der KAG verbleibenden Werte. Dazu genügt die Vernichtung des kollidierenden Rechtes.

Die Vernichtung des verbotswidrig erlangten Rechtes ist mit einer einfachen Erklärung an den kollidierenden Rechtserwerber vollzogen. Eine Zwischenschaltung der KAG ist hierzu nicht erforderlich. Aus der Erklärung muss der Wille ersichtlich sein, die verbotswidrige Verfügung nicht gelten lassen zu wollen. Solange diese Anfechtung nicht erklärt ist, besteht die Belastung bzw. das Sicherungseigentum

1) Vgl. u. a. Palandt, a. a. O. zu § 930 Anm. 4.

2) Vgl. u. a. Palandt, a. a. O. zu § 398 Anm. 6.

3) Vgl. oben S. 95 ff.

4) Die Vernichtung weiterer Verfügungen, die inzwischen von dem kollidierenden Rechtserwerber getroffen worden sind, ist sonst nur schwer zu begründen. Vgl. z. B. Raape, a. a. O., S. 70.

5) Vgl. oben S. 96 f.

gegen jedermann wirksam fort.

Im Kapitalanlagewesen entsteht die Schwierigkeit, dass die Masse der Anteilhaber praktisch selbst dann nicht zur Vornahme von Rechtshandlungen, welche die Sondervermögenswerte unmittelbar betreffen, in der Lage sein wird, wenn ihr die Möglichkeit dazu an sich zufällt und durch die Ausübungsschranke des § 17, Abs. III KAGG nicht betroffen ist 1). So verhält es sich auch mit der Frage nach der Geltendmachung der Gegenwirkung 2). Die Befugnis dazu kann der KAG nicht eingeräumt sein. Die Auffassung, dass zur Vornahme des den Anteilhabern zustehenden Anfechtungsrechtes die KAG im Rahmen des § 8 Abs. I KAGG ermächtigt sei 3), würde zu Ergebnissen führen, die mit Treu und Glauben schlecht hin nicht vereinbar sind 4). Eine derartige Handhabung widerspräche auch dem Sinn der Kräfteverteilung zwischen KAG und Depotbank, der gerade darin besteht, dass die Handlungen der KAG einer wirksamen Kontrolle durch eine andere Institution unterliegen. Dieser Zweck wäre dadurch gefährdet, dass die KAG verbotswidrige Verfügungen vornehmen könnte und andererseits die Disposition über das damit entstehende Anfechtungsrecht als Gegenwirkung in ihren Händen läge. Diese Kollision lässt sich nur dadurch vermeiden, dass man insoweit auf die Depotbank als die zum Schutze der Anteilhaber berufene Institution zurückgreift.

Hinsichtlich der Befugnisse der Depotbank enthält unser Gesetz allerdings nur eine - wie wir schon mehrfach erwähnen mussten - sehr spärliche Bestimmung in § 11 Abs. VIII KAGG. Diese Vorschrift sieht zwar unter Ziff. 1 vor, dass die Depotbank allgemein berechtigt ist, Rechte der Anteilhaber gegen die KAG geltend zu machen; soweit indessen ein Vorgehen gegen Dritte in Frage kommt, nennt Ziff. 2 kasuistisch nur die Drittwiderspruchsklage. Diese Bestimmung wird also bei unabweislichem Bedarf zum Schutze der Anteilhaber, wie er hier gegeben ist, entsprechend anzuwenden sein.

Die Voraussetzungen dafür sind erfüllt. Die Rechtslage ist in beiden Fällen eine ähnliche. In beiden Fällen belasten verbotswidrig erworbene Berechtigungen Dritter die Rechte der Anteilhaber. In beiden Fällen ist zu deren Unschädlichmachung eine Tätigkeit erforderlich, die von der KAG selbst nicht ausgeübt werden kann. Somit bestehen keine Bedenken, bei beiden gleichermaßen den Schaden durch die Depotbank beseitigen zu lassen. Die Geltendmachung der Anfechtung im Falle des § 8 Abs. II KAGG lässt sich analog unter die Ermächtigung der Depotbank gem. § 11 Abs. VIII Ziff. 2 KAGG bringen. Damit gilt gleichzeitig die

1) Vgl. dazu oben S. 68 ff.

2) Auch die Geltendmachung der Gegenwirkung ist als Verfügung anzusprechen, wird doch dadurch die dingliche Rechtslage an dem betreffenden Gegenstand unmittelbar verändert.

3) So Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 61 Anm. 3

4) Auf diese Weise könnte der Verbotsbetroffene nach Belieben die soeben getroffene Verfügung revozieren.

Bestimmung, wonach die Anteilinhaber selbst zur Ausübung dieses Rechts nicht befugt sind 1).

Im einzelnen ist zur Frage der Anfechtung der dem Verbot des § 8 Abs. II KAGG unterliegenden Verfügungen folgendes auszuführen:

Sofern die Bestellung eines Pfandrechtes oder eines Niessbrauches an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen durch die Depotbank nicht schon von vornherein verhindert worden ist, bestehen diese Rechte mit allen sich daraus ergebenden Folgen auch gegen Anteilinhaber, KAG und Depotbank 2). Sie erlöschen erst mit der Anfechtung durch die Bank 3), so dass jetzt der Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB geltend gemacht werden kann, ohne dass hiergegen eine Einwendung nach § 986 BGB vorgebracht werden könnte. Die Anfechtung kann auch während eines Prozesses erfolgen 4). Beachtlich ist allerdings in jedem Falle, dass die Anfechtung nur von der Depotbank, das Herausgabeverlangen dagegen nur von der KAG im Rahmen des § 8 Abs. I KAGG geltend gemacht werden kann.

Im Falle einer Sicherungsübereignung wird mit der Anfechtung das Recht des Erwerbers vernichtet, und es tritt an Stelle dessen automatisch die alte Eigentumslage. Ein gesonderter Rückübereignungsakt ist nicht erforderlich. Die Lage ist also praktisch eine ähnliche wie bei auflösend bedingten Übereignungen, wenngleich sie theoretisch auf einer anderen Grundlage beruht. Die KAG kann nunmehr den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB erheben.

Bei verbotswidrigen Forderungsbelastungen genügt eine Anfechtungserklärung gegenüber dem kollidierenden Rechtserwerber 5). Eine Benachrichtigung des Schuldners ist zwar angebracht, aber nicht erforderlich. Für diesen Fall ist dann § 407 BGB analog anwendbar. Mit der Erklärung erlischt die Miteinziehungs- und -verwertungsberechtigung des Dritten. Kupons etc. können von der KAG herausverlangt werden. Hat der Schuldner allerdings schon mit befreiender Wirkung geleistet, dann ist die Forderung erloschen. An sich setzt sich nunmehr kraft dinglicher Surrogation (§ 1287 BGB) die Rechtslage der untergegangenen Forderung an dem eingezogenen Betrage fort; das gilt indessen dann nicht, wenn sich der Pfandgläubiger - wie es in der Regel der Fall sein wird - bereits aus dem Erlös gem. § 1288 Abs. II BGB befriedigt hat 6). In diesem Fall ist die

-
- 1) Auch quasi-dingliche Befugnisse, die der Depotbank überlassen sind, beschneiden die konkrete Macht der Anteilinhaber; vgl. § 11 Abs. VIII Ziff. 2 letzter Halbsatz sowie oben S. 68 ff.
 - 2) Vgl. oben S. 91.
 - 3) Vgl. oben S. 95 ff.
 - 4) Es ist immerhin hervorhebenswert, dass auf diese Weise durch die Intervention eines Dritten dem einen der Streitteile die Rechtsgrundlage seines Anspruches entzogen werden kann.
 - 5) Vgl. dazu auch oben S. 94 f.
 - 6) Vgl. Palandt, a. a. O., zu § 1287 Anm. 1.

KAG darauf angewiesen, nach Bereicherungsgrundsätzen gegen den Dritten vorzugehen.

Bei Sicherungsabtretungen gilt Entsprechendes; im Falle einer Anfechtung gegenüber dem Dritten fällt das Forderungsrecht automatisch in das Sondervermögen zurück. Ist die Forderung bereit durch Einziehung erloschen, dann ist wie oben zu verfahren.

3. DIE HEILUNGSMÖGLICHKEITEN DES DEM VERBOTSWIDRIG ERLANGTEN RECHT ANHAFTENDEN MANGELS

a) Heilungsmöglichkeiten durch das Verhalten der Depotbank

Während die Rechtsordnung in denjenigen Fällen, in denen das höherwertige Allgemeininteresse durch ein Verbot gesichert werden soll, ein Abweichen von der gesetzlichen Norm des § 134 BGB nicht dulden kann, besteht dazu kein Anlass, wenn lediglich das Privatinteresse einzelner Rechtsgenossen geschützt ist ¹⁾. Hier hat der Gesetzgeber gleichsam nur an Stelle des Geschützten privaten Interessenschutz wahrgenommen. Legt der Geschützte indessen nachträglich keinen Wert auf die ihm dargebotene Hilfe, dann bestehen keine Bedenken, die verbotswidrige Verfügung endgültig wirksam sein zu lassen. Demnach bleibt es ihm überlassen, ob er von der ihm kraft Gesetzes ermöglichten, das kollidierende Recht auflösenden Gegenwirkung Gebrauch macht oder nicht.

Wenn man allerdings in denjenigen Fällen, in denen der Geschützte auf die Geltendmachung der Gegenwirkung verzichtet, von einer Heilung der relativen Unwirksamkeit spricht, muss man sich darüber klar sein, dass damit lediglich eine bereits eingetretene Rechtsänderung sanktioniert wird. Denn trotz der verbotswidrigen Verfügung konnte der damit bewirkten dinglichen Rechtsänderung ein absoluter Erfolg nicht versagt bleiben; mithin ist auch eine unmittelbare Einflussnahme hierauf nicht mehr notwendig. Zur endgültigen Sanktionierung der nunmehr entstandenen dinglichen Rechtslage ist vielmehr erforderlich, dass die dem Rechtserwerb ex lege anhaftende Vernichtbarkeit ausgeschlossen wird. In analoger Anwendung der hierfür vorgesehenen Bestimmungen des Anfechtungsrechtes kommt zunächst eine Bestätigung gemäss § 144 BGB in Frage. Wird eine derartige Willenserklärung von der für die Anteilinhaber anfechtungsermächtigten Depotbank gegenüber dem kollidierenden Rechtserwerber ausdrücklich abgegeben, dann ist die bereits eingetretene Rechtsänderung nicht mehr auflösbar.

Gleichzeitig damit ist geklärt, dass eine Heilung durch Genehmigung gemäss

1) Die Zulässigkeit einer Heilung bei § 135 BGB ist allgemein anerkannt. Vgl. dazu alle einschlägigen Kommentare sowie u.a. Strohal, a.a.O., S.42; Oertmann, a.a.O., S.191, 192.

den Vorschriften der §§ 185 oder 177 BGB hier nicht in Frage kommt 1). Diese Vorschriften sind dazu bestimmt, den Mangel der regulären Verfügungsmacht eines Nichtberechtigten bzw. Bevollmächtigten zu heilen. Die Rechtslage ist dort insoweit eine andere, weil in diesen Fällen Rechtsfolgen noch gar nicht eintreten konnten und somit von vorneherein das Geschäft schwebend unwirksam ist 2).

Neben der ausdrücklichen Bestätigung kann auch das einfache Nichthandeln der Anfechtungsermächtigten die Rechtsänderung endgültig werden lassen. Sobald die Depotbank von der Vornahme einer nach § 8 Abs. II KAGG verbotenen Verfügung Kenntnis erhalten hat, ist sie in entsprechender Anwendung des § 121 BGB zur unverzüglichen Anfechtung verpflichtet. Kommt die Depotbank dem nicht nach, dann ist damit das Anfechtungsrecht verwirkt.

Der Ausschluss der Gegenwirkung binnen einer verhältnismässigen kurzen Frist erweist sich schon deswegen als vernünftig, weil dem kollidierenden Rechtserwerber eine längere Ungewissheit nicht zugemutet werden kann.

Die genannten Heilungsmöglichkeiten durch Verhalten der Depotbank bestehen gleichermassen bei allen von § 8 Abs. II KAGG betroffenen Verfügungen; es macht keinen Unterschied, ob es sich hierbei um Wertpapiere oder Forderungen, um Belastungen oder Sicherungsübereignungen bzw. -abtretungen handelt.

Die Schadenersatzpflicht des § 122 BGB kommt nicht zum Zuge, da der Anfechtungsgegner durch das unbeschränkte Fortbestehen des der Verfügung zugrunde liegenden Verpflichtungsvertrages gesichert ist und sich daraus an die KAG halten kann.

Wenn der Gesetzgeber in § 8 Abs. II KAGG kein absolutes, sondern ein relatives Verfügungsverbot aussprach, dann muss er von vornherein damit gerechnet haben, dass mit diesem Schutzmittel Belastungen und Sicherungsübereignungen der zum Sondervermögen gehörenden Gegenstände nicht generell ausgeschlossen sind. In Ausnahmefällen können sich durchaus Situationen ergeben, in denen im wohlverstandenen Interesse der Anteilinhaber eine Vernichtung verbotswidriger Verfügungen nicht angebracht erscheint und somit die Depotbank ihre Verpflichtungen nicht verletzt, falls sie die eingetretene Rechtsänderung sanktioniert. Der Gesetzgeber tat gut daran, die Heilung nicht von vornherein auszuschliessen und der Depotbank hierüber die Entscheidungsbefugnis zu überlassen.

1) Dies in Beantwortung der Frage von v. Caemmerer in JZ 58, S. 46, insbesondere Anm. 40. Falsch dagegen Oertmann, a. a. O., S. 192, der wohl eine Genehmigung gem. § 185 BGB annimmt. Dass liefe auf eine nachträgliche Bestätigung der auch von ihm abgelehnten Ansichten von Strohal hinaus. Auch Knoke argumentiert mit einer Genehmigung gem. § 185 BGB.

2) Vgl. oben S. 78 a. E.

b) Heilungsmöglichkeiten durch die verbotsbetroffene KAG

Belastungen und Sicherungsübereignungen der zum Sondervermögen gehören- den Werte sind nur solange unerwünscht, als sich diese im Sonderfonds befinden. Scheiden sie dagegen aus dem Sondervermögen aus, dann bestehen keine Beden- ken, verbotswidrige Verfügungen endgültig wirksam sein zu lassen.

Da die KAG bei verbotswidrigen Belastungen die Veräusserungsbefugnis nach § 8 Abs. I KAGG nicht verliert, ist es ihr unbenommen, für ein Ausscheiden der betroffenen Werte aus dem Sondervermögen zu sorgen. Mit der Übereignung bzw. Abtretung des Vollrechts an einen aussenstehenden Dritten erlischt automatisch die Anfechtungsbefugnis der Depotbank, mit der Folge, dass das verbotswidrig entstan- dene Recht endgültigen Bestand erhält.

Diese Einwirkungsmöglichkeit der KAG entfällt bei Sicherungsübereignungen und -abtretungen, da hier bereits über das Vollrecht verfügt worden ist.

Belastete Wertpapiere können dagegen durch Abtretung des Herausgabeans-pruches gemäss § 931 BGB, der insoweit gegen den besitzenden Pfandhalter oder Niessbraucher nicht ausgeschlossen ist 1), übereignet werden. Auch die Abtretung belasteter Forderungen ist gem. § 398 ff. BGB nicht gehindert 2). Da ein gutgläubig-lastenfreier Forderungserwerb nicht möglich ist, tritt der Er- werber auf jeden Fall in die Pfandverpflichtungen seines Vorgängers ein.

Wurde indessen die Anfechtung der Depotbank bereits vor der Veräusserung wirksam, dann ist damit die Belastung schon vernichtet.

c) Heilung durch guten Glauben des kollidierenden Rechtserwerbers

Während § 135 BGB in Abs. II eine Heilung der "relativen Unwirksamkeit" kraft guten Glaubens des Rechtserwerbers vorsieht, fehlt in § 8 Abs. II KAGG eine derartige Vorschrift. Im Hinblick auf die Gleichartigkeit beider Tatbestände be- stehen indessen keinerlei Bedenken, einen Gutglaubensschutz auch hier aus § 135 Abs. II BGB ergänzend zu entnehmen. Insoweit also verwandelt sich die Paralleli- tät in eine echte Subsidiarität.

Die Annahme eines Gutglaubensschutzes für die Fälle gesetzlich verordneter, relativer Unwirksamkeit ergibt sich nicht ohne weiteres aus der Natur der Dinge 3). Die Motive irren, wenn sie die Vorschrift des § 135 Abs. II BGB damit begründen, dass hier nach allgemeinen Grundsätzen ein Mangel der Verfügungsmacht geheilt

-
- 1) Vgl. oben S. 65, sowie Anm. 3 daselbst.
 - 2) Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über dingliche Belastungen.
 - 3) Vgl. dazu auch die Ausführungen von Ramdohr, denen indessen nur insoweit, als sie die Schwierigkeiten umreissen, nicht aber hinsichtlich seines Erklärungs- versuches beizutreten ist. Vgl. Ramdohr, a. a. O., u. a. S. 331 ff.

werden soll 1). Da nach richtiger Ansicht die singuläre Wirksamkeitsbeschränkung der §§ 135 BGB/8 Abs. II KAGG die reguläre Verfügungsmacht des Betroffenen unberührt lässt, ist insoweit auch keine Heilung erforderlich. Der gute Glaube des Erwerbers führt hier vielmehr interessanterweise zum Ausschluss einer relativen Gestaltungsberechtigung. Dass ein derartiger Vorgang möglich ist, ergibt sich nicht nur aus der positiven Vorschrift des § 135 Abs. II BGB, sondern folgt a maiore ad minus aus dem Gedanken, dass der kollidierende Dritte bei gutgläubigem Erwerb eines ordentlich erlangten Rechts erst recht vor dessen Vernichtung durch einen anderen geschützt werden müsse.

Gegen diesen Schluss lässt sich auch nicht einwenden, dass die Vorschriften zum Schutze des guten Glaubens generell nicht dazu bestimmt sind, Mängel der Willenserklärung selbst, sondern allein solche des Rechts zu heilen. Insoweit zeigt sich ein unverkennbarer Unterschied zwischen dem Anfechtungsrecht des BGB und der Gegenwirkung bei relativen Verfügungsverboten. Der zu verbotswidrigen Verfügung abgegebenen Willenserklärung haftet nicht unmittelbar ein Mangel an, sondern die Gegenwirkung entsteht gesondert und unabhängig davon kraft Gesetzes. Erst daraus entwickelt sich sekundär ein der Anfechtung ähnliches Gestaltungsrecht. Es ist mithin auch nicht ganz korrekt, wenn man im Falle relativer Unwirksamkeit von einem der Verfügung anhaftenden Mangel spricht. Der Unterschied führt dazu, dass die Vorschriften über die Anfechtung nur analoge Anwendung finden können, und dass sich eine unterschiedliche Behandlung der Gutglaubensfrage rechtfertigt.

Die in § 135 Abs. II BGB verordnete, auch für § 8 Abs. II KAGG geltende, analoge Anwendung der Gutglaubensvorschrift hat zur Folge, dass der dafür vorgesehene Schutz nur bei der Belastung und Sicherungsübereignung von Wertpapieren gemäss den Vorschriften der §§ 1032, 1207, 932 BGB zum Zuge kommen kann. An Forderungen hingegen ist ein gutgläubiger Rechtserwerb grundsätzlich ausgeschlossen.

4. ZUR FRAGE DES ERWERBS BELASTETER WERTPAPIERE

Die Vorschrift des § 8 Abs. II KAGG verbietet Verfügungen, die zu einer Belastung des Sondervermögens führen. Dagegen enthält das vorliegende Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung zur Frage des Erwerbs belasteter Werte. Dieses nach den Vorschriften des KAGG ungelöste Problem ist nur im Hinblick auf Wertpapiererwerbungen betrachtenswert, da ein Erwerb belasteter Forderungen so gut wie ausgeschlossen sein dürfte 2).

Praktisch ist es durchaus vorstellbar, dass belastete Wertpapiere in das Sondervermögen geraten.

1) Motive I, § 105 (S. 210 ff., insbesondere S. 213).

2) Im Rahmen des § 1 Abs. I KAGG erstreckt sich der Geschäftsbetrieb einer KAG lediglich auf den Erwerb von Wertpapieren.

Regelmässig werden sich Wertpapiererwerbungen für das Sondervermögen so abwickeln, dass entweder die KAG selbst oder in ihrem Auftrag die Depotbank im eigenen Namen kontrahieren; hierzu eine "Erwerbsermächtigung" 1) anzunehmen, wäre verfehlt und unnötig. Vielmehr tritt der Erwerbende in diesen Fällen als indirekter Stellvertreter ähnlich einem Einkaufskommissionär auf. Die Eigentumserlangung der Vollrechtsträger des Sondervermögens vollzieht sich ohne gesonderten Übertragungsakt ex lege kraft dinglicher Surrogation, da in der Regel eine Gegenleistung aus dem Sondervermögen erbracht worden sein wird; auf diese Weise erübrigt sich eine mittel- oder unmittelbare Besitzerlangung der Anteilhaber oder - im Falle der Treuhandlösung - der KAG.

Ein Erwerb belasteter Wertpapiere kann sich regelmässig nur dadurch vollziehen, dass der Entäusserer seinen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbar besitzenden Pfandgläubiger abtritt (§ 931 BGB). Schon mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerb geht das neuerworbene Recht gem. § 6 Abs. II KAGG kraft dinglicher Surrogation auf die Vollrechtsträger des Sondervermögens über. Rechtlich sind damit belastete Wertpapiere auf die Anteilhaber bzw. die KAG übergegangen, auch wenn deren tatsächliche Zuführung in das Sperrdepot - gem. § 11 Abs. VI vorgesehen - zunächst wegen einer Einwendung des Besitzenden nach § 986 BGB ausgeschlossen ist 2).

Ein gutgläubig-lastenfreier Erwerb nach § 936 Abs. I Satz 3 BGB ist theoretisch zwar möglich, praktisch wegen § 936 Abs. III BGB aber ausgeschlossen. Im übrigen lässt sich schwerlich vorstellen, wie ein nach § 931 Erwerbender, dem der Herausgabeanspruch gegen einen Pfandhalter abgetreten wird, über die Existenz des Pfandrechts ahnungslos sein sollte.

Aus der Zugehörigkeit belasteter Wertpapiere zum Sondervermögen erwachsen dieselben Gefahren, die durch die Bestimmung des § 8 Abs. II KAGG gerade verhindert werden sollen 3). Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass sowohl belastende Verfügungen als auch der Erwerb belasteter Werte gleichermassen unerwünscht sind.

Mangels eines ausdrücklichen Verbots derartig unerwünschter Erwerbungen bleibt kein anderer Weg, als mit Hilfe des § 8 Abs. II KAGG die genannten Geschäfte, wenn irgend möglich, auszuschliessen 4). Grundsätzlich ist für die Fälle des

-
- 1) Das Institut einer "Erwerbsermächtigung", von Spreckelsen vertreten, wird mit Recht von der herrschenden Meinung abgelehnt. Vgl. Siebert, a. a. O., S. 259 ff., 299.
 - 2) Hinsichtlich eines damit begründeten mittelbaren Besitzverhältnisse der KAG im Verhältnis zum Pfandhalter erheben sich keine Bedenken.
 - 3) Vgl. oben S. 61.
 - 4) Zwar liesse sich ein Verbot des Erwerbes belasteter Wertpapiere auch vertraglich vereinbaren, die Nichteinhaltung derartiger Abmachungen bliebe indessen ohne "dingliche" Wirkung. Die Surrogation gem. § 6 Abs. II KAGG ist insofern stärker, als bei einer Gegenleistung aus dem Sondervermögen die neu angeschafften be-

§ 134 BGB anerkannt, dass der hierdurch der Allgemeinheit gewährte Schutz so weit reicht, als es der Zweck des Verbotes erfordert 1). Das bedeutet, dass auch solche Rechtshandlungen davon betroffen werden, die nicht ausdrücklich durch das entsprechende Gesetz angesprochen sind.

Dasselbe muss aber auch in denjenigen Fällen gelten, in denen der Gesetzgeber ein Verbot zum Schutze bestimmter Personen erlassen hat. Auch hier ist nicht einzusehen, warum ein von Gesetzes wegen unerwünschtes Ergebnis nur deswegen mittels formaljuristisch vielleicht statthafter Seitenwege erreichbar sein soll, weil der Schutz nur einem bestimmten Personenkreis unmittelbar zustatten kommt. Wenngleich die Intensität eines derartigen Verbotes geringer als die eines absoluten ist, kann die Rechtsordnung allein schon aus prinzipiellen Erwägungen zur Aufrechterhaltung ihrer eigenen Autorität nicht dulden, dass die von ihr gesetzten Schranken übergangen und damit ohne allzugrosse Schwierigkeiten Gesetzesnormen ausgehöhlt werden können 2).

Die in Frage kommenden Lösungsmöglichkeiten lassen sich näher in zwei Gruppen kategorisieren: entweder man legt das einschlägige Verbot entsprechend weiter aus, oder man spricht von einer Umgehung. Eine Umgehung 3) setzt gedanklich ein bewusstes Tätigwerden zur Ausschaltung der hinderlichen Norm voraus. Ein wirksamer Schutz lässt sich indessen nur dann erreichen, wenn man ohne Beachtung der subjektiven Tatseite allein den Eintritt des unerwünschten Erfolges zum Ausgangspunkt seiner Betrachtungen macht 4). Dazu empfiehlt sich eine zweckentsprechende Auslegung der einschlägigen Verbotsnorm mit direkter Anwendung.

Der Sinn des § 8 Abs. II KAGG kann keineswegs nur darin erblickt werden, die dort ausdrücklich aufgeführten Verfügungen auszuschliessen; vielmehr kam es dem Gesetzgeber darauf an, die damit erzielten Ergebnisse, nämlich das Vorhan-

Fortsetzung der Anmerkung 4), Seite 107:

lasteten Werte unbedingt dem Sonderfonds zufallen müssen, § 7 Abs. VII KAGG gilt entsprechend. Die Lage ist hier eine ähnliche wie in den Fällen des § 7 Abs. II KAGG.

1) Vgl. Staudinger, a. a. O., Anm. 3 zu § 134.

2) Vgl. dazu grundsätzlich Vetsch: Die Umgehung des Gesetzes - Theorie, Rechtsprechung und Gesetzgebung, Zürich 1917, S. 8 ff.

3) Vgl. Staudinger, a. a. O., Anm. 21 zu § 117, RGZ 100, S. 212; 155, S. 146.

4) Auch Vetsch ist in dem genannten Werk der Ansicht, dass ohne Berücksichtigung der subjektiven Tatseite vom objektiven Zweck der Verbotsnorm auszugehen ist. Vgl. u. a. S. 217, 223. Auch er sieht die Fragestellung darin, ob das entsprechende Gesetz direkt oder nur analog anzuwenden ist (S. 290 ff.). Allerdings bleibt bei ihm die Frage offen, ob seine Gedanken nur absolute oder auch relative Verbotsgesetze betreffen. Auf S. 299 ff. scheint er der hier vertretenen Ansicht zuzuneigen.

densein belasteten Sondervermögens, zu verhindern. Dieser Tatbestand ist aber auch dann erfüllt, wenn die KAG belastete Wertpapiere anschafft. Man wird also durchaus sagen können, dass das Verbot des § 8 Abs. II KAGG ein Verbot derartiger Erwerbungen incidenter mit umfasst. Damit ist zunächst sichergestellt, dass solche Rechtsgeschäfte nicht vorgenommen werden dürfen. Für die Frage, welche Sanktionen im Falle eines Verstosses vorgesehen sind, ist die Annahme naheliegend, dass auch hier, im Gegensatz zu den Fällen des § 134 BGB, nur eine relative, den Interessen der Anteilinhaber gerecht werdende Ahndung erfolgen soll.

Geht man davon aus, dass unsere Textstelle incidenter ein Verbot zum Erwerb belasteter Wertpapiere enthält, dann ist die Rechtslage eine ähnliche wie beim Vorliegen eines mit einer einstweiligen Verfügung ausgesprochenen Erwerbsverbotes. Die Annahme eines derartigen Erwerbsverbotes wird von der Rechtsprechung einhellig bejaht 1). Nachdem gerichtliche Zwangsverfügungen des angegebenen Inhalts gemäss der Vorschrift des § 136 BGB genau wie gesetzliche relative Verbote zu behandeln sind, ergeben sich daraus Anhaltspunkte dafür, wie in unserem Falle zu verfahren ist.

Die Rechtsprechung gelangt bei Verstössen gegen ein Erwerbsverbot auf Grund einstweiliger Verfügung allerdings zu der Auffassung, dass hier von vornherein eine absolute Nichtigkeit die Folge wäre 2). Diese Ansicht ist in der Praxis einfacher zu handhaben. Sie lässt sich damit begründen, dass in § 135 BGB von der relativen Unwirksamkeit einer Verfügung die Rede ist, während sich hier der Angriff nicht gegen die Verfügung des Veräusserers, sondern allein gegen die zur dinglichen Einigung erforderliche Willenserklärung des Erwerbers richtet. Eine derartige Willenserklärung nur gegen einen unwirksam sein zu lassen, erscheint der Rechtspraxis im Gegensatz zu der von der herrschenden Meinung verfochtenen relativen Unwirksamkeit einer Verfügung zu schwierig.

Folgt man der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht, wonach Zuwiderhandlungen gegen ein relatives Verbotsgesetz zur vollen Wirksamkeit des Geschäftes, verbunden mit einem gegenwirkenden Anfechtungsrecht des Begünstigten, führen, dann erheben sich keine Bedenken, mindestens im Bereich des § 8 Abs. II KAGG, die Folgen eines verbotswidrigen Rechtserwerbs in Parallelität zu einer verbotswidrigen Verfügung zu konstruieren.

Angriffsziel muss hier wiederum die Willenserklärung der verbotsbetroffenen KAG sein. Dabei kommt es weniger darauf an, ein doloses Verhalten der KAG zu bestrafen, als vielmehr auf jeden Fall die objektiv unerwünschten Folgen des Erwerbes zu vernichten.

Im übrigen dürfte einer KAG, die belastete Wertpapiere anschafft, auch mindestens ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen sein. Von einem im Wertpapier-

1) Vgl. Staudinger, a. a. O., Anm. 5 zu § 136, Anm. 20 zu § 135; vgl. auch Rosenberg, a. a. O., 1057; RGZ 117, S. 287 ff., insbesondere S. 291; RGZ 120, S. 118 ff.

2) Vgl. Anm. 1.

wesen tätigen Institut muss nicht nur erwartet werden, dass es den Sinn einer Verbotsnorm richtig erfasst, sondern auch, dass es nicht völlig ohne Kenntnis das Eigentum belasteter Wertpapiere erwirbt. Praktisch ist, falls der hier besprochene Fall aktuell werden sollte, wohl sogar mit einer dolosen Handlung der KAG zu rechnen. Dann kann im Einzelfall auch eine absolute Nichtigkeit des Erwerbes wegen Sittenverstoss nach § 138 Abs. I BGB die Folge sein. Eine absolute Nichtigkeit dieser Erklärung erscheint im Hinblick auf die zunächst vollbeständige Wirksamkeit verbotswidriger Verfügungen ungerechtfertigt und würde die dort vorgesehenen Heilungsmöglichkeiten beseitigen 1).

Bei einem gesetzlichen Erwerbsverbot kommt allerdings eine Heilung kraft guten Glaubens des Veräusserers ohnehin nicht in Frage. Der gute Glaube ist lediglich in Fällen des Rechtserwerbs, nicht aber zur Sanktionierung einer Rechtsentäusserung vorgesehen.

Die Annahme eines zunächst absolut gültigen Rechtserwerbes einschliesslich der damit verbundenen Belastungsübernahme und eines ipso iure entstehenden Anfechtungsrechtes des Begünstigten führt zu einer durchaus vernünftigen Lösung. Die Anfechtung der von der KAG bei der Übereignung abgegebenen Willenserklärung durch die dazu ermächtigte Depotbank vernichtet den verbotswidrigen Erwerb ex tunc. Diese Erklärung ist gegenüber dem Veräusserer abzugeben und muss von diesem auf jeden Fall geduldet werden. Er ist nunmehr zur Geltendmachung des Herausgabeanspruches gem. § 985 BGB berechtigt. Das Grundgeschäft bleibt demgegenüber voll wirksam, so dass sich der Veräusserer daraus an die KAG halten kann. Das kann dazu führen, dass die KAG zur Übernahme der betreffenden Wertpapiere in das eigene Protefeuille verpflichtet ist. In diesem Fall ist ein Bereicherungsanspruch wegen einer bereits aus dem Sondervermögen erfolgten Bezahlung gem. § 812 Abs. I Satz 2 BGB letzte Alternative gegen den Veräusserer nicht mehr gegeben, sondern es tritt an Stelle dessen kraft dinglicher Surrogation gem. § 6 Abs. II KAGG eine Schadenersatzforderung gegen die KAG. Das gilt auch im Falle der Treuhandlösung als Ausnahme vom Grundsatz des Erlöschens einer Forderung bei Konfusion. Die Möglichkeit, bei schutzwürdigem Interesse auch in diesem Falle eine Forderung fortbestehen zu lassen, ist anerkannt 2).

Wenn die erforderliche Anfechtungserklärung durch die Depotbank nicht abgegeben wird oder in Gemässheit des § 121 BGB verwirkt ist, besteht der Erwerb vollwirksam. Dasselbe gilt im Falle einer Bestätigung gem. § 144 BGB.

1) Eine Vernichtung der Belastung selbst scheidet von vornherein als undiskutabel aus.

2) Vgl. Ebner-Eschenbach, a. a. O., S. 29, mit Quellennachweis.

L E B E N S L A U F

Ich, Hans - Curt Wilhelm Oswald von Pannwitz, wurde am 22. April 1929 als erstes von vier Kindern des Fabrikanten Kurt von Pannwitz (+) und seiner Ehefrau Elly geb. Kunisch in Breslau geboren und evangelisch getauft. Seit Ostern 1935 besuchte ich die Volksschule in Hirschberg/Riesengebirge und wurde 1939 auf das humanistische Gymnasium dortselbst umgeschult. Im Jahre 1944 kam ich auf das Alumnat der Stiftisch - Von - Witzleben'schen Klosterschule Rossleben. Dort erlebte ich das Kriegsende.

Am 26. Oktober 1945 wurde ich zusammen mit anderen Mitschülern von den Organen des sowjetischen MWD verhaftet und am 4. XII. 1945 zu 10 Jahren Zwangsarbeitslager verurteilt. Die folgenden Jahre verbrachte ich in den verschiedensten Lagern und Anstalten der Sowjetzone und der UDSSR. Im Januar 1954 wurde ich aus der Haft entlassen und kehrte zu meiner inzwischen in Coburg wohnenden Mutter zurück.

Bis zum März 1955 absolvierte ich einen in Göttingen eingerichteten Reife-kursus für Spätheimkehrer und bestand das Abitur. Anschliessend studierte ich in Göttingen, Bonn und München Jurisprudenz und legte im Sommer 1958 das 1. juristische Staatsexamen ab. Seit Oktober 1958 bin ich als Rechtsreferendar bei den Justizbehörden in München tätig.



